



DE LOS ERRORES
COMETIDOS EN EL PROCESO
DE LOS JUICIOS
DE LOS PERITOS

PARA UTILIDAD PUBLICA

SU AUTOR

D. PABLO DE MORA

Y LAZAR

COLEGIAL REAL
DEL PATRIARCA

ARZOBISPO DE VALENCIA

Impreso en la imprenta de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

En la imprenta de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

En la imprenta de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

En la imprenta de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

3-Sept-39-Año de la Victoria
am^a
TRATADO CRITICO.
LOS ERRORES
DEL DERECHO CIVIL,
Y ABUSOS
DE LOS JURISPERITOS.

PARA UTILIDAD PUBLICA.

SU AUTOR
D. PABLO DE MORA
Y JARABA,
COLEGIAL REAL
DEL PATRIARCA

ARZOBISPO DE VALENCIA,
y del Insigne de Letrados de esta Corte.

CON LICENCIA: En Madrid año
de 1748.

TRATADO CRÍTICO.
LOS ERRORES
DEL DERECHO CIVIL
Y ABUSOS
DE LOS JURISPERITOS
PARA UTILIDAD PÚBLICA
SU AUTOR
D. PABLO DE MORA
Y JARABA.
COLEGIAL REAL
DEL PATRIARCA
ARZOBISPO DE VALENCIA
y del Insigne de Leones de esta Corte.
CON LICENCIA: En Madrid
de 1748.

DEDICATORIA

Al Excelentísimo Señor Don Joseph de Carvajal y Lancaster, Governador del Consejo de Indias, Presidente de la Junta de Comercio, Gefe supremo de las Estafetas, Decano, y Ministro de Estado.

EX.^{mo} SEÑOR.



N la accion de poner este tratado baxo de la poderosa proteccion de V.E. poco tiene que hacer mi eleccion, executandolo mi obediencia casi todo. No hago yo otra cosa, que cumplir la ley que à todos sus Vassallos impuso nuestro amable Monarca y Señor Don Fernando VI. en su Decreto de 4. de Diciembre del año de 1746. mandando que qualquier pensa-

mien-

miento ù nueva idea , cuyo objeto tocasse en la utilidad publica , se ofreciese à V. E. como Ministro unico del Estado de esta Monarquia. Luego la accion presente solo tiene de electiva aquel linage de libertad que el Theologo encuentra en las operaciones sujetas al precepto , que siendo menos libres las hace mas meritorias. De suerte, que aora solo puede decirse con propiedad, que mi ofrenda viene à ser voluntaria , sin dexar de ser precisa. V. E. (rara circunstancia de honor !) V. E. digo , por ley general de España se halla constituido Protector de todas las obras grandes : cuya gloria no se encuentra entre los magnificos y altos Epitetos , que nos refieren de aquel gran Privado de Augusto Cesar , y Protector de las Ciencias, Mecenas.

Pero debo protestar, que si este Culto, este Sacrificio se dexàra todo à la eleccion, à ningun Altar fuera conducido de su libertad , y en ningunas Aras cupiera mas gustosamente, que en las de V. E.

Para buscar el alto patrocinio de V. E. no me moviera lo Grande , ni aun lo Regio de su Casa: Porque siendo este motivo tanto mayor , quanto mas comun à sus Hèroes antecellores , no puede ser particular en
V. E.

V. E. demás que V. E. como tan consumado Jurisconsulto, no ignora que la identidad que el Derecho pone entre el hijo y sus mayores, es fingida: Luego de mirar à V. E. con los resplandores de sus passados, à mirarlo en sì mismo, ay la misma diferencia, que de lo fingido à lo verdadero. Que esta es la distincion que yo encuentro entre una y otra calidad.

Movierame solo ver, que en V. E. compiten con generosa modestia, lo sabio, lo grande y lo justo: que estas tres calidades son las que constituyen un verdadero Protector. Lo sabio, para comprehender lo que ay desde el extremo de una hypocrita, y artificiosa ignorancia, al de una sabia, y docil ingenuidad. Lo justo, para contener con el nombre de su entereza à maldicientes emulos. Y lo grande, para sufocar con el poder iniquas acusaciones. De la sabiduria de V. E. dan testimonio perpetuo la docta Chancilleria de Valladolid, y el Supremo Consejo de Indias: baxo de cuyos dosseles quedaràn eternamente impressas, para noble incentivo, las sabias resoluciones de V. E. si es que en lo notorio cabe una prueba. Cuya razon me obliga à no hablar de las plausibles disposiciones, que incessantemente

te

te toma V.E. para restituir à España su opulencia, y felicidad. De su integridad nadie duda; sabiendo todos, que quando V.E. exercita la justicia distributiva, son vanas las recomendaciones de su Patria y profesion, y aun las de su sangre. Porque à la veidad, la Justicia ni aprecia otra sociedad que la de las virtudes, ni reconoce otra Patria, que la de los dignos. Y en fin, de la poderosa representacion de V.E. son ilustre prueba los altos empleos con que nuestro Monarca ha elevado à V.E. al ultimo punto de su confianza.

Tanta proteccion necesita esta nueva obra: porque sale à ser combatida de un exercito infinito de enemigos. Por otro lado, la grandeza de su assumpto parece que està pidiendo una proteccion tan alta. Porque, què punto de estado mas importante, que el establecimiento de sabias Leyes, y la reforma de pleytos y questiones, que tienen contaminada esta Monarquia? Y erran los que creen, que de la conclusion de la Guerra nace la Paz. La Paz, Señor Excelentissimo, no tanto consiste en la suspension de las Armas (que en fin, siendo privacion es nada) como en la consonancia, y buena armonia de los Vassallos entre

tre sí. Esta quietud constituye la paz verdadera ; y esta no es conseqüible , mientras con la confusión , contrariedad , y superfluidad de Leyes , la Republica se arde y consume entre pleytos , y perniciosas delaciones. Libertar la Republica de todos los pleytos , es intentar desprender de la naturaleza humana su inclinacion à las disputas y competencias. No pretendo tanto ni es posible. Quisiera solo reducir su numero , terminos y cautelas , hasta aquel punto , que haviendolo conseguido felizmente , y estandolo practicando las Naciones Barbaras con afrenta nuestra es mayor oprobio considerarnos incapaces para lo mismo.

Las Leyes de Justiniano trageron à Europa la peste de tantos pleytos , hallandose antes, libre de este contagio. Oygaló V. E. à un hombre de grande ingenio y penetracion : *Maneamus in Romana Republica (dice Justo Lipcio de Legibus cap. 10.) paucas (id est leges) initio habuit : Paulo plures decemviri addiderunt : Et ita ad Principes ferè mansit. Tunc sane plures : Et à Justiniano plurimæ , quibus uttimur ; Lotario Imperatore , cum diu si luissent , eas reducente. Nam Galia , Hispania , Germania earum ad id ævi ferè expertes erant. Receptæ igitur*

*igitur sunt : Et quò fractu ? Certe illo litium
nemo negaverit, quæ exconimium quantum suc-
creverunt. Europam vide ; & mentior nisi maxi-
ma ejus pars circa istas ocupatur. Para la sani-
dad del cuerpo humano no se requiere,
antes en sentir de grandes físicos, daña la
suma consonancia de los humores : En una
media uniformidad consiste la salud. Afsi,
pues , el cuerpo politico de esta Monarquia
sanará de su grave dolencia , no extirpan-
do todas las questiones y pleytos , que esto
no cabe, sino reduciendolos al termino pos-
sible. A esto se dirige el trabajo de mi obra:
y à lo menos , mientras la execucion de su
principal idèa se difiera , las breves obser-
vaciones y nuevo methodo que propongo,
para hacer mas cautos y prudentes à los Ju-
risperitos en el estudio , y uso del Derecho
Civil , produciràn notable reforma y ali-
vio. Mayormente , si V. E. (como lo creo)
no se desdena de abrigar mis zelosas conside-
raciones.*

Nuestro Señor guarde à V. E: muchos
años que deseo, y esta Monarquia necesita.

SEñOR EX.^{mo}

A los pies de V. E. su mas fiel y apasionado servidor
Don Pablo de Mora
y Jaraba.

AVE

AVE MARIA.

APROBACION DEL REVERENDISSIMO
Padre Maestro Fray Juan Antonio Gonzalez de
Frias, Calificador de la Suprema y General In-
quisicion, Examinador Synodal del Arzobispa-
do de Toledo, y Padre de la Provincia de Casti-
lla del Orden de la Santissima Trinidad,
Redencion de Cautivos, &c.

HE visto con reflexion, y leído con placer el Libro, que remite à mi Censura el Señor Don Miguel Gomez Escobar, Vicario de Madrid y su Partido, cuyo titulo es : *Critica sobre los Errores del Derecho Civil y Romano, y Abusos de los Jurisperitos*, con observaciones, y reglas para el mejor methodo y uso del Derecho, facil remedio, y nueva idea de Jurisprudencia : Su Autor Don Pablo de Mora y Jaraba, Colegial Real del Patriarca, Arzobispo de Valencia, y del Insigne de Letrados de esta Corte. Y aunque à primera luz parece que ofrece mucho el Autor, no tengo duda en que lo puede cumplir ; porque lo prueba con sobrada autoridad, y manifiesta el deseo de utilizarse al Comun, abandonando hasta su propio interès ; porque proponiendo el remedio de evitar infinitos pleytos, es constante, que no le mueven las ganancias de su estudio, haciendo en utilidad comun este nuevo sacrificio. No ay duda en que los Abogados viven, y se sustentan con los pleytos, y pretender que se reduzcan à menos, quando ay muchos Abogados, aunque su Proyecto no sea bien recibido, el intento merece el mayor elogio, por sus pruebas y por desinteresado.

Los Jurisperitos Doctos saben muy bien, que para España no son Leyes las del Derecho Civil ; pero no dexan de dárles autoridad, que si se alegan, necesi-

tan de explicación , haciendo todos vanidad el responder que es un práctico modo admitir lo que conocen , que para España no es Ley. Este práctico Error es tan natural , como retener con tenacidad lo primero que se aprendió. Comienzan los de esta facultad sus estudios , aprendiendo la Instituta por los Vinios : llenan sus entendimientos de Novelas de Justiniano ; y como qualquiera estudia con deseo de saber , es tan eficaz esta primera impresion , que hace siempre à la verdad una resistencia tan poderosa , que la pobre verdad se juzga estraña , si no se viste el color de aquella primer tintura.

Este Abuso intenta el Autor precaber en los Tribunales con la idea de estudios que propone ; persuadido à que para hallar la verdad , nunca puede servir la confusión. De los aplicados al Estudio de las Pandectas y del Derecho Romano , que no sirve para España , como el Autor demuestra en esta Obra , entiendo un passage difícil de Geremias. Todos los hombres , dice , se hacen necios por lo que estudian y saben : *stultus factus est omnis homo à scientia* , porque no puede ser mayor necedad , que estudiar por saber lo que no puede servir , sino es à la confusión.

Aunque por esto los Estrangeros , confessando en los Españoles entendimiento profundo , ingenio pronto y feliz , dicen que aprenden con infelicidad , por inclinarse demasiado à sophismas , que es confusión ; *Hispani felices Ingenio , in felicitate discunt : : sophistarum Astus plus satis amant. Gerard. Mercat. in Hispania , fol. 148.* y en esta facultad es evidente , que ay mas ocasion para que muchos se inclinen à estudiar falacias , que llaman trampas legales. Diran que tambien la Logica trata de las falacias , sin que por esto se pruebe inutil la Logica. Es cierto que es utilísima ; pero no porque trata de las falacias , sino es por las reglas que dà para conocerlas. Pues esto mismo pretende el Autor en su nuevo methodo : que se instruyan los Profesores desde el principio de sus estudios en el uso del Derecho Romano para evitar sus abu-

abusos, y lo que no es de pròvechõ.

Dixe que este proyecto no sería bien recibido, y yá me retrato: pues el Autor lleva yá ganado el pleyto en las deposiciones que ha tomado a muchos testigos de la mayor excepcion, profesores de la misma facultad, con las que dexa tambien probado su assumpto, que en vista de Autos, dará sentencia à su favor aun el mas indocto. A esto he quedado persuadido con la leccion gustosa de este tratado, que no es el primero que he leído del Autor, en quien advierto singular habilidad, aplicacion al estudio y felicissimo entendimiento: Por lo que juzgo (*salvo meliori (judicio)*) que se le puede dàr la licencia que pide para darle à luz, por no contener error alguno contra la Fè, antes bien desvanece los errores en utilidad comun. Assi lo siento en este Convento de Calzados de la Santissima Trinidad Redencion de Cautivos de Madrid, y Noviembre 22. de 1747.

*Fr. Juan Antonio Gonzalez
de Frias.*

APROBACION DEL DOCTOR DON
Manuel de Roda y Arrieta, Abogado de los
Reales Consejos.

M. P. S.

HE leído el Libro, intitulado : *Errores del Derecho Civil, &c.* escrito por el Licenciado Don Pablo de Mora y Jaraba, Abogado de los Reales Censejos : y confieso, que sentí el grave cargo de Censor de una obra, en que se censura la Jurisprudencia, se juzga de las Leyes, y se erige un Tribunal tan elevado, como que en él se intenta dar forma, y regla para la práctica en los Juicios de todos los Tribunales, hasta los Supremos de España. No ignoraba, que la natural propensa facilidad de los hombres en dissentir y opinar, (1) los ha hecho dividir en doctrinas, y sentencias sobre los mas principales puntos, y materias del Derecho : y que esta variedad de opiniones, y dictámenes ha llegado hasta controvertir, y disputar de la autoridad, certeza y jus-

(1)
Ulpian. *in leg. item si unus* 19. §. *Principaliter*, ff. *de Recept. arbitr.* ibi : *Propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem.* Leg. *quia poterat.* 4. ff. *ad Senat. Consult.* Trebell. Can. *sicut in Sacramentis* 50. de *consecrat. dist.* 4. Et ibi gloss. cap. *super literis* 20. de *rescriptis*, ubi gloss.

ticia de las mismas Leyes. Tampoco ignoraba, que son tan opuestos los extremos à que ha conducido el empeño de esta disputa, y controversia; que si oímos algunos AA. son integras, perfectísimas, santas, y divinas las Leyes del Derecho Civil Romano, (2) hasta decir, y defender, que en las materias Civiles deben ser preferidas à las autoridades, y sentencias de los Santos Padres, y Doctores de la Iglesia: (3) Si creemos à otros muchos, y de grave nota, son injustas, defectuosas, impías, y contienen errores, vicios, y defectos, así en los puntos de Jurisprudencia, como en los principios, y reglas de Filosofía, piedad, y religión. (4)

Pero aunque no ignoraba lo referido, y por consiguiente no estrañè el título, y materia de la obra, tuve por tan grave, y difícil el asunto, que huviera dudado de su desempeño, à no tener muy conocido, y experimentado el delicado ingenio, y el vario, y erudito estudio del Autor. Es constante, que debiera proporcionarse un medio conveniente entre los referidos extremos tan distantes. Los Juris-

(2)

Jacob Mæstertius *de legg. Romanum justitia*. Frideric. Martin. *de Sanctitate, & justitia legg. Romanor.* Guillerm. Maranus *de equitate, & justicia, adversus Anti. Tribonianum*. Ulricus Hubertus: *Eunomia Romana, sive censura censura juris Justinianæ* Joann. Petr. Ludevig. *Justinianus*. Arthuro Duck *de usu, & autoritat. jur. Civil. Romanor. in dominijs Princip. Christianor. lib. 1. cap. 2.* ubi plenè Hagemeiier *de Autoritat. jur. Civil, & Canonic.*

(3)

Augustin Barbof. *cap. fin. de arbitris in 6. num: 7. D. Crespi observ. 9. n. 6.*

(4)

Erasin. Ungebaber *de Errorib. Justinianæ*. Franc. Amelin. *Censura adversus Justinian*. Petr. Cunnæus, & in ejus *Apologia*. Cyprianus Regner. *de Injustitia legg. quarund. Romanor. adversus Mæstertium*. Christophorus Thomasius *nevi Jurisprudentie Justinianæ*. Joann. Franc. Burchardus *de Hodiernæ Jurisprudentie nevis, & re-*

con-

medijs. Joann. Groning. consultos Romanos fueron de Nevis Jurisprud. Romana. Sanct. Antonin. Archiep. Florentin. i.p. Summa tit. 19. §. 4. Summa pisana verb. Leges. Mathæus de Afflictis in constitution. Neapolitan. prælud. quæst. 20.

(5)
Cicero pro Muræna; licet non ex animi sententia dictum, velit Jo. Garcia de Expens. c. 23. n. 27. Cuiac. in recitation. ad leg. 5. de Annuis legat. id Cuiac. 14. obs. 35.

hombres capaces de errar, siguieron diversos principios en la Filosofia y Jurisprudencia , y no estuvieron libres de pasiones y empeños, de que nació la variedad de escuelas , y opiniones que sabemos , en tanto grado, que decia Ciceron era sumamente facil hacerse qualquiera Jurisconsulto , pues si respondia bien por acaso, adquiria una gran gloria , y si erraba , recurria al derecho controvertido , y variedad de opiniones , que yá havia en su tiempo (5) y se fueron despues aumentando mucho: siendo lo mas , el haver carecido de la luz de la Fè, y de la piedad Christiana, que es el seguro norte para la verdadera , y sólida justicia: De los inmensos volúmenes, que escrivieron, solo tenemos reliquias en algunos cortos fragmentos , y en la Recopilacion del Emperador Justiniano , hecha por eleccion y arbitrio de Triboniano y sus Compañeros: Con que aun prescindiendo de los vicios personales de Triboniano y de los errores, y defectos de su obra , y así mismo de las dudas sobre la certeza , è identidad de ella , es innegable , que no me-

merece tanta fe, autoridad, y diferencia que la reputemos por un infalible oraculo, y de tan suma perfeccion que no solo sea verdadero, constante y justo quanto contiene, sino que ni se halle en todo su dilatado contexto, geminacion, ni antinomia alguna. (6)

Fuera de esto las Leyes deben ser convenientes, y proporcionadas al lugar, y tiempo en que se establecen; y nadie ignora la gran diferencia y diversidad entre las costumbres y gobierno de los Romanos antiguos, y de los Españoles modernos, assi en las materias publicas, como en las privadas, de que proviene ser para la practica, y uso de los Tribunales, superflua, inutil, y aun contraria gran parte del Derecho Romano.

Estos poderosos motivos bien ponderados por el Autor de la obra, le han obligado al proyecto, que publica; y aunque ha havido muchos Estrangeros que han discurrido, escrito, e intentado igual empresa, no la han podido reducir à practica enteramente; y quando lo huvieran logrado, no serviria tanto para España, como el medio propuesto por el

(6)
Optimè Cattellianus: Cotta memorialium, de Jurisperitis, ibi: Putastine (Justinianum aliorum) posteritati consilere, dum perdidisti tot illustrium scriptorum congestos labores, tot libros propè divinos, & tantam elegantiam, doctrinamque, quam quanti nunc emeremus exprimere nequeo? Existimasti fortassis plurimum conducere utilitati, studentium (ut in tua in Pandectas præfatione asseveras) si quod antea multitudine tractatum tardius efficerent, coangustatis postea libris citius assequi possent? Sed non animadvertebas, quod dum lucem tenebris attulisse te putas, luci tenebras injectisti: VIDEMUS ENIM INEPTOS SÆPIS-SIME, VARIOSQUE INTELLECTUS, CONTRARIASQUE SENTENCIAS: quotque legentium articuli (ut ita dicam) tot pæne interpretationum volumina, quibus etiam in dies magis, magisque Oneramur.

el Autor. Dionisio Gotofredo , dexó empezada su obra de las Pandectas practicas , y en dos grandes volúmenes no passa del libro 2. de los Digestos , ni lo acaba , haviendose propuesto continuarlos todos ; pero aunque los huviera concluido , solo tendriamos una basta coleccion de gran parte del Derecho Civil , y de los Repetentes , Interpretes y Practicos antiguos de todas Naciones.

Godofredo Boning en sus Digestos reducidos al orden natural , y acomodados al uso de los Tribunales , que dió a luz el año de 1714. no dexa intacta especie alguna del Derecho Civil , para memoria de la antigüedad , aunque muy fuscintamente , y solo recopila y expone lo que puede condncir à la practica ; pero tambien es obra muy diminuta y defectuosa , especialmente para España. Lo mismo sucede con la de Monsieur Domat en su reduccion de las Leyes Civiles al orden natural que escribió en lengua Francesa para su País , en el *Delectus Legum* en que solo incluye lo necesario y util de las Leyes Romanas.

Grandes son las quejas de los Politicos , y aun de los mismos Letrados sobre la variedad de opiniones en la Jurisprudencia , y de la correspondiente inconstancia en las determinaciones de los Tribunales , de que hace causa , y atribuye la culpa à la coleccion de Justiniano , Catelliano Cotta en el lugar citado al margen. (7)

Antonio Querini , Abogado Veneciano en su Libro , intitulado : *Il Foro all' Esame* , llamando à juicio al Tribunal , le acusa , prueba y declara muchos vicios , y defectos que padece la practica de la Jurisprudencia. Luis Antonio Muratori , Bibliotecario del Duque de Modena , bien conocido en el Orbe literario por sus inmensas obras de todas Facultades , imprimió en el año de 1742. un libro que dedicó al Sumo Pontifice Benedicto 14. con el titulo : *Dei Diffeti de la Giurisprudenza* , en que convence muchos y muy perjudiciales defectos intrinsecos , y extrinsecos , como el

(7) Ubi proximè num. 6.

El llama; esto es, de las mismas Leyes y del abuso de ellas; con cuyo motivo volvió à tomar la pluma el mismo Querini defendiendo el honor de la Facultad, y que los vicios eran puramente extrínsecos, y consistían en el mal uso y perversa práctica de los que la manejan: valiéndose de lo que dice San Agustín hablando del mismo Derecho: *Bonum iubet, sed bonum, non dat*: aunque ambos convienen en el perjuicio grande de la incertidumbre y variedad de opiniones.

Pero siendo universal à todas las Naciones este inconveniente, podemos tener en España la gloria de haverse evitado con las Leyes de Toro, y muchas Pragmaticas y Leyes de Partida varias de las cuestiones intrincadas, y problemáticas de que se quejan el Muratori y Querini, y sobre que escribió en el año de 1732. Luis Bullenese, Abogado de París, que tomó à su cargo la conciliación de las que havian propuesto al examen de los Doctos los célebres Abogados Frolaud, y Magliard, que se havian aplicado seriamente à examinar y recoger las contrarias opiniones, y el primero dió à luz dos tomos de ellas: con este mismo fin havia publicado un proyecto el Abad de San Pedro en el año de 1725. formando una Compañía de Jueces y Letrados para la decisión de semejantes cuestiones, perfección, y uniformidad del Derecho Francés, dando reglas y orden para su execucion; pero no tuvo efecto.

Sin embargo de la dicha sabia providencia de nuestras Leyes municipales son muchas y muy varias las opiniones, que subsisten y han quedado sin decidir en España sobre puntos muy substanciales de el Derecho, (8) para lo qual, y el buen uso de las leyes Civiles Romanas, parece muy til y con-



ve

(8) Hieronym. Cavallos *Commun. contra Commun.* in orat. ad Lector. omnino vidend.

veniente el medio de la presente obra, por lo qu
foy de dictamen se le puede conceder la licencia
que pide para la estampa, salvo, &c. De mi Estudio.
Madrid 22. de Noviembre de 1747.

Doct. D. Manuel de Roda y
Arrieta.

LICENCIA DEL ORDINARIO

NOS el Licenciado Don Manuel Gomez de Escovar, Inquisidor Ordinario, y Vicario de esta Villa y su Partido, &c. Por la presente y lo que à Nos toca, damos licencia para que se pueda imprimir, è imprima el Libro intitulado: *Abusos y Errores de la Jurisprudencia*, compuesto por Don Pablo de Mora y Jaraba; atento que de nuestra orden ha sido visto y reconocido, y no contiene cosa opuesta à nuestra Santa Fè, y buenas costumbres. Fecha en Madrid à 21. de Noviembre de 1747.

Lic. Escovar.

Por su mandado,
Joseph Fernandez.

L I C E N C I A.

DON Miguèl Fernandez Munilla, Secretario del Rey nuestro Señor, su Escrivano de Camara mas antiguo y de Gobierno del Consejo.

Certifico que por los Señores de èl, se ha concedido licencia à Don Pablo de Mora y Jaraba, Colegial Real del Patriarca Arzobispo de Valencia, y del Insigne de Abogados de esta Corte, para que per una vez pueda imprimir, y vender un Libro, intitulado: *Tratado Critico. Los Errores del Derecho Civil, y abusos de los Jurisperitos*, con que la impressiõ se haga por el original que vâ rubricado y firmado al fin de mi firma; y que antes que se venda, se trayga al Consejo dicho Libro impresso, junto con su original, y Certificaciõ del Corrector de estàr conformes, para que se tafse el precio à que se ha de vender, guardando en la impressiõ lo dispuesto, y prevenido por las leyes, y pragmaticas de estos Reynos. Y para que conste lo firmè en Madrid à 4. de Diciembre de 1747.

D. Miguèl Fernandez Munilla.

EEE

REE DE ERRATAS.

PAG. 37. lin. 21. *impossicione* lee *in possicione*. Pag. 75. lin. 14. *ad Leg. Trib.* lee *ad S. C. Treb.* Pag. 115. lin. 24. *leg. 2. tit. 5.* lee. *libro 2.* Pag. 193. lin. 8. *Venteja* lee *Ventaja*. Ibidem lin. 10. *discrepencia* lee *discrepancia*. Pag. 195. lin. 9. *tirò* lee *girò*.

He visto este Libro, intitulado: *Tratado Critico. Los Errores del Derecho Civil*, compuesto por Don Pablo de Mora y Jaraba, y con estas erratas corresponde con su original. Madrid, y Febrero 15. de 1748.

Lic. D. Manuel Licardo
de Rivera,
Corrector General por su Mag.

T A S S A.

T Affaron los Señores del Consejo este Libro, intitulado: *Abusos, y Errores de la Jurisprudencia*, su Autor Don Pablo de Mora y Jaraba, à seis mrs. cada pliego, como mas largamente consta de su original. Madrid, y Febrero 16. de 1748.

PRO.

PROLOGO.

LA Reyna de las Artes y Ciencias, aquella de quien solo en rigor puede decirse, que es necesaria para la vida feliz de los hombres; aquella sin cuyo auxilio, ni ay ni ha havido Republica racional, que pueda conservarse; havien- do algunas que no han echado menos el ejercicio de las demás Artes; la Jurisprudencia digo, madre fecunda de Principes y Governadores heroycos, se halla oy tan desconocida, y tan contaminada de errores y abusos, que será mas facil encontrar un millon de Sabios en otra qualquier ciencia, que un verdadero Jurisconsulto. Si acaso, Lector, sospechasses, que notando yo los errores del Derecho Civil y abusos de sus Profesores, soy disimulado defensor de los Abogados practicos, te ongañas. Si se me preguntàra, en qual de dichas dos classes ay mas aptitud, ù ay mayor conocimiento de la verdadera Jurisprudencia, dificilmente responderia. Porque si en unos reconozco los errores del Derecho Romano, y la ignorancia de las partes mas

Ilus.

Ilustres de esta Ciencia ; en los otros noto una summa confuscion , abusos intolerables , y un defecto de los principales elementos de Jurisprudencia. No confio, que mis argumentos sean tan valientes, que logren el defengano , pero parece que no cabe en el mas preocupado , dexar de dudar à vista de tanta dificultad. Y si duda , preciso es que examine ; y si logro que se estudie la Jurisprudencia con duda y examen , tengo conseguido el intento. Las Armas con que he combatido los errores de la Jurisprudencia , son sus mismos textos y principios. Luego si mis argumentos padeciesen tacha , debe esta recaer sobre el Derecho Civil : à reserva de una ù otra vez , que hecho mano de algun principio tan conocido y universal, que no puede justamente revocarse à duda. Sino es que la necesidad de defender las antiguas preocupaciones , obligue à los contrarios à negarme lo que ellos mismos infinitas veces han defendido y escrito. Pudiera dàr à luz otras Obras de Jurisprudencia, sobre los *recursos de notoria injusticia*, sobre las *Facultades no conocidas del Presidente y Consejo Real de Castilla* , y sobre otros puntos que tengo concluidos : pero me ha

pa-

parecido justo anteponer à todas la Obra presente. Yà sea por la grandeza del asunto, yà por su incomparable utilidad. En el Dialogo, que años passados escrivi, entre un *Sceptico* y un *Abogado de Corte*, apuntè algo de lo que contiene este Tratado; y aun todo su Thema se reduce à hacer mas cautos à los Jurisperitos en el estudio y practica del Derecho. Por cuya razon, no he comprehendido aqui muchas especies que alli pueden verse; y no notes, que sobrandome las razones acumule tantas autoridades: porque siempre ha sido arbitrio prudente, persuadir al vulgo con sus mismas preocupaciones. No tengo mas que advertirte, Lector, por mi parte; por la tuya haràs lo que quisieres. VALE.

TRA



TRATADO CRITICO. LOS ERRORES DEL DERECHO CIVIL,

Y ABUSOS DE LOS JURISPERITOS
PARA UTILIDAD PUBLICA.

CAPITULO PRIMERO.

*PRUEBANSE LOS ERRORES DE EL
Derecho Civil con la comparacion de las demás
Ciencias, y autoridad de hombres ilustres
en todas ellas.*

Num. 1.



Sombrosa idea
parecerà à mu-
chos atreberme
à romper la Va-
lla, hasta aora
impenetrable à
tantos hombres como han militado en el
bastissimo Campo de la Jurisprudencia; ù
A aca-

acafo fe tendrà à cierta especie de facrilegio politico , negar el culto à una Deidad , que tiene tantos feñtarios idolatras , cafi como Profeflores de Jurisprudencia tiene el mundo ; ù en fin , havrà quien califique de delinciente mi refolucion , confiderando , que es negar la obediencia , dudar de lo jufto del precepto ; fuponiendo , que folo es permitido juzgar fegun la Ley , no de la Ley. De eftos , y otros argumentos me confidero infultado por mis contrarios , aun antes de entrar en la difputa ; mas digo , aun antes que lean los carteles fobre que ha de fufrirfe la queftion. A la manera , del que defconfiando de fus fuerzas , fe vale aftutamente del polvo , para cegar à fu enemigo , por no llegar al tranze de la pe- lèa. Pero quando el error embejecido no fe abruga de eftas fofifticas fombras , para no fer penetrado de las luces de la verdad ? Què deffengaño ha fido tan dichofamente admitido hafta aora de los hombres , que no haya coftado antes un vencimiento de temofas , y maldicientes contradicciones ? Què ceguedad ha fido tan feliz , que haya cobrado vifta al primer golpe de la luz ? Acafo duda alguno , que la ter- quedad es propiedad insepable del er-
ror?

error? pues que será de tantos errores juntos? que será siendo infinito el numero de los engañados! y que será, quando reciprocamente se alientan, formando, torpe alianza, para mantener su partido? y que será, si una vez he de decirlo, quando el mismo conocimiento del engaño añade nueva fuerza à el error! cosa increíble! qualquier otra ceguedad solo dura mientras vive desconocida; pero aqui, si por ventura llega à rayar el conocimiento de la verdad, se introduce nuevamente una necia altanería, contemplando cosa vergonzosa que tantos hombres se confiesen rendidos: deviendo advertir, que no es rendimiento, si no triunfo generoso romper el miserable cautiverio en que los tenia su ceguedad. Yo protesto desde luego, que mi pluma no se dirige contra aquellos Profesores verdaderamente sabios, que han llegado à penetrar el fondo de la Jurisprudencia. Aquellos, digo, que conducidos de un talento particular, è Ilustrados de alguna erudicion, han conocido los quilates del Derecho Romano. Porque estos saben muy bien, que el Derecho Civil encierra un Tesoro prodigioso de maximas sublimes, al mismo tiempo que està revofando imperti-

nentes escrúpulos , è infinitas finrrazones. Vien lo faven ; y para Letrados de esta excelente casta , fuera injuriosa mi Censura. Repreendo solamente al vulgo de la Jurisprudencia ; y escrivo para aquellos que antes de entrar por sus Puertas , deven prevenirse de mis advertencias , à fin de no preocuparse de errores , que no podrian desechar despues , fino à costa de penosas tareas , y notables perjuicios de la causa publica. Y para tal gente , no ferà inutil la advertencia de que no son Leyes con propiedad las que aqui censuramos : son solamente unas decisiones , y Doctrinas , que haviendo tenido fuerza de Ley en los imperios antiguos de Romanos , y Griegos , no deven conservar para nosotros mas reputacion , que las sentencias de aquellos Autores , que escrivieron para el gobierno de otras gentes muy distintas , no solo en el tiempo , fino en las costumbres ; y Religion.

3 El vulgo de la Jurisprudencia è mucho mas numeroso , que el de las otras facultades ; y al mismo tiempo es el mäs presumptuoso , y rudo. En esta ciencia entran regularmente los ingenios mas cerrados , y visños que en las otras mayores.

Def-

Desde la cuna de la Gramatica yntentan volar casi todos à la cumbre de la Jurisprudencia: de modo, que ni aun aquello que se llama filogizar entienden los mas Juristas. Yo no digo, que la Filosofia de nuestras Aulas tenga inmediata connexion con las Leyes; Este es un error que padecen muchos; Pero es muy util, y aun preciso aquel Havito con que el Entendimiento se dispone à tratar las materias con distincion. El exercicio de las Aulas havilita los ingenios con tal ventaja, como se experimenta entre los professors de todas las ciencias; donde se ve, que se descuellosobre los demas aquel que sobrefaliò en las Artes. A lo menos, se faca de la Logica, y Metafisica un metodo singular para explicar, y dar à entender con pureza, y precision qualquier concepto, por intrincado que sea. Por esta razon, es mas la rudeza que se encuentra en el vulgo de los Jurisperitos.

Es tambien este Vulgo el mas vano, y presumptuoso: ò sea por lo mismo que ignora mas; ò sea por las esperanzas que trae consigo esta Profession; ò sea finalmente, porque entre los Juristas regularmente se encuentran sujetos de classe

dis-

distinguida. Sea por lo que fuere , cada uno se juzga un Antonio Agustino , luego que toma los Vinios en la mano. Con que por estos tres capitulos es este Vulgo mucho mas impenetrable. Otros errores comunes se abrigan frequentemente de la parte mas inferior de la Republica ; y y aunque hombres doctos suelen tambien incidir en ellos , son por lo comun , errores de materias indiferentes : quiero decir , que no son errores determinados de alguna Ciencia ; y asi con menos repugnancia ceden à la verdad. Porque en tocando al punto de la Facultad que se professa , son tantos los enemigos casi como los profesores.

4 De aqui es , que contiene mayor riesgo el empeño de combatir errores de alguna Ciencia determinada. Buena prueba tenemos en el Critico de nuestro Siglo , digo , el M. R. P. M. Fr. Benito Feyjoò. (quien de justicia merece sobre todos este renombre) Combatiò infinitos errores populares ; llegó à meterse con los Medicos ; y aqui es donde encontrò mas porfia , y terquedad , aunque no mas resistencia. Finalmente , deshizo à todas estas gentes , no à costa de mas razon , sino de mas su-
fri-

frimiento. No obstante, me dà aliento
 faver, que solo los ignorantes, ò los hom-
 bres de espíritu humilde, y abatido, son
 los que arguyen con el havito de errar:
 esto es, defienden el error à título de vie-
 jo. Hombres, à la verdad doctos, por otro
 lado, caen en esta pueril vajeza. El argu-
 mento del error embejecido tiene mucho
 de ignorancia; pero mucho mas tiene de
 pusilanimidad. Examinefe vien, y se ha-
 llará, que en el fondo, no es mas que un
 abatimiento de espíritu. Por esso las gran-
 des empreßas siempre fueron mal vistas de
 los hombres chicos. Muchos daños ha
 ocasionado al mundo la osadía de los hom-
 bres; pero infinitos mas bienes ha perdi-
 do, y malogrado la pusilanimidad. Un
 espíritu angosto, què puede dàr à la Re-
 publica? Si el efecto se ha de medir por la
 causa, muy limitado ferà el provecho que
 acarree un corazon exanime. Buelvo à de-
 cir, que los hombres de pequeño espíritu,
 siempre miran con zeño los empeños al-
 tos; sea porque jamàs levantan la vista de
 la tierra que pisan; sea porque la distan-
 cia no les permite mirar bien; ù sea en
 fin, porque viven sonrojados à vista de
 lo que miran inaccessible.

Pu

5 Pudiera aterrarme el poderoso, y casi infinito exercito de enemigos que voy à combatir; y lo que casi del todo llega à desmayarme, es un exemplar terrible que tengo reciente à la vista. Quien creyera, que al salir à la luz publica las obras de esse hombre prodigioso, que acabo de referir; quien creyera, buelvo à decir, que escritos tales no havian de ser admirados de todos los hombres? Pues yo he visto! Mas quien no lo ha visto? que ha sido maltratado con dicterios, oprobios, maledicencias, falsos testimonios, y quantas malas artes enseña el demonio. Cosa rara! Creian todos los hombres de razon, que al ver salir al mundo de las letras esse nuevo viviente, con tantas señas de superioridad, se havian de suspender hasta los Gigantes de el orbe literario: estos se admiraron; pero las torpes savandijas salieron agurulladas à embestirle.

6 Con exemplar tan terrible, debiera yo desalentar: Sin embargo, mi profesion es de Abogar por la justicia de las partes; la verdad, y la razon, están pidiendo justicia con lastimosos gritos contra los Errores, y Abusos de la Jurisprudencia: siglos ha, que de puerta en puerta han solicitado

do Abogado que las patrocine ; muchos conocieron la justicia de la causa ; pero no se alentaron à defenderla , previendo que los Jueces que havian de sentenciarla , estaban de inmemorial tiempo poseyendo , ù poseídos del engaño de los reos. Vien veo , que me expongo , no solo à no ganar el Pleyto ; si tambien à salir condenado en las costas , y acafo (que es lo mas sensible) en las penas de el oprobio , calumnia , y aun otras mas infames. Y què , me determino à atropellar con tantos riesgos ? Nada me asusta. Yo me contento , con que mis Litigantes quedaràn siempre , sino ayrosos , al menos intactos , por mas que la mordacidad , y el furor se destemplan. Son de tal naturaleza , que nadie puede tocarles un atomo de la ropa. Lluevan , pues , las injurias , que el amor à la verdad , y zelo por el bien de mi Patria , hacen en mi espíritu impresion mas fuerte , que la nota de los vulgares , y censura de los malignos.

7 Filósofos , y Medicos han llegado à desengañarse de la ignominiosa servidumbre en que han vivido tantos siglos. Una ignorancia suma , y una feliz contingencia hicieron à Aristotelès dueño tyra-

no de la livertad Filosofica. Galeno subyugò à los Medicos con el auxilio de Aristotèlès. Vino el gran Bacon al mundo; tuvo por infamia la esclavitud de el albedrio; publicò su sentimiento; señalò el camino por donde debia buscarse la verdad; y aunque con dificultad suma, logrò que los hombres, reconociendo el yugo miserable en que los tenia su abatimiento, clamassen por la livertad. Finalmente, entraron yà en los dominios de la razon con felicidad tanta, que en tan corto tiempo es mucho mayor el fruto que han dado los sequaces de Bacon, que el que nos ha quedado de todos los siglos anteriores. Los Medicos siguiendo el mismo rumbo, han descubierto infinitos errores que cegaron à la antigüedad.

8 Y sino fuera tal el zelo incessante de la Cabeza de el Catholicissimo, y la particular asistencia de la Bondad Divina, no tuviera la Sagrada Theologia Dogma alguno, que no estuviera cubierto de confusiones, y desvarios. Todo esse cuidado ha sido, y es menester para que esta Ciencia conserve su pureza.

9 El caso es, que entre los Filosofos, Medicos, y Jurisperitos, ay una notable di-

diferencia ; pero muy ignominiosa para nosotros. Medicos , y Filósofos siguieron muchos siglos sin libertad à los Principes de sus Sectas : mas no tan ciegos , que en todas sus conclusiones no se hayan valido de razones , quando menos aparentes : como que pretendian dorar el hierro de su servidumbre , con los preceptos de la razon. Y no fueron sus argumentos tan universalmente debiles , que los modernos hayan podido convencerlos todos. Y assi se ve , que aun oy muchísimas opiniones antiguas mantienen el credito de muy probables entre los Filósofos de estos tiempos. Pero nosotros vivimos , y hemos vivido con tal abatimiento , y abandono del racional alvedrio , que sin mas fundamento que decirlo *Papiniano* , *Ulpiano* , *Paulo* , y los demás Jurisconsultos antiguos , defendemos tan tercamente sus opiniones , como si fueran Dogmas infalibles de Fè. Y de aqui viene , que los mas principios subalternos de la Jurisprudencia los suponemos , y no los examinamos : siendo muchos de ellos indignos , no solo de hombres que professan las Ciencias ; si tambien de los que solo están asistidos de una luz natural.

10 O *Juristas* ! Quando todos se desfengañan , solamente vosotros vivis bien hallados , y contentos con vuestros errores ! Serà acaso privilegio singular de esta Ciencia ? A vosotros mismos os presento por testigos. Creo firmemente , que no hay Legista de mediana razon , que en las causas que ha defendido , ò en las materias que ha tratado no haya advertido interiormente , yà varios abusos , yà opiniones erroneas , yà reglas , y principios falsísimos , yà definiciones itusorias , yà finalmente infinitas especies del Derecho Civil llenas de supersticion , y vanidad. Salga qualquiera à confessar ingenuamente su sentimiento , y serà testigo de esta verdad. Corta prueba podrá dàr mi desfengañó ; pero si de algo huviera de servir , yo soy uno de los que mas incautamente bebie-ron errores infinitos en el mar inmenso de el Derecho Romano. No cabe , pues , otro consuelo , que ser yo mismo el que à golpes de el desfengañó publique mis errores , para que , conocidos , consigan desfengañarse algunos.

11 *Bacon de Verulamio* , en aquel gran Proyecto , que concibió para restauracion de las Artes , diò lugar à la Juris-
pru-

11

prudencia , conociendo los substanciales, y groseros defectos del derecho de Justiniano. Formò un Código de nuevas Leyes , para el gobierno de Inglaterra. No sè por qué causas no pudo darle à luz. El se queja de no haverlo conseguido , en la Carta que escribió al Obispo de : : : : : donde le da una noticia general de los designios de su obra ; è imitando el estilo imperioso , y laconico de las Leyes de las doce Tablas , compuso varios aforismos , y reglas , que pueden servir de Pauta general , para la formacion de un nuevo Código , ò Digesto de Jurisprudencia. Reglas todas llenas de prudencia , politica , y equidad.

12 Despues del gran Verulamio , entra aquel Maestro universal de la Critica , gloria de Valencia , y honor de toda España, *Luis Vives* , (digo) que conociò perfectamente los defectos , así intrinsecos , como extrinsecos del derecho comun , y de sus profesores. Fue Vives anterior à Bacon ; y aun sospecho que pudo servirle de despertador para su gran proyecto. A lo menos encontró en nuestro Vives descifrada la enfermedad que padecen todas las Artes , en los siete Libros que compuso
de

de Causis Corruptionis artium. Y si es verdadero el principio *Cognitio morbi est inventio remedii*, pudieramos decir que el Proyecto tan celebrado de el ingles, fue parto singular de nuestro Español. Este, pues, hombre eruditísimo, y Juicioso en estremo, compuso un Libro que intitulò de los Vicios del derecho Civil; *De Jure Civili corrupto*, que es el septimo de *Causis corruptarum artium*.

13 Por varios medios èmprendiò Vives la censura del derecho Romano. Principiò por lo mas interno de su Cuerpo. Esto ès, examinando el fondo de las sentencias, y opiniones de los Jurisconsultos; la contradiccion de sus sectas; su emulation reciproca; y el prurito de impugnarse unos à otros. Estas sin duda fueron causas poderosísimas, para que sus sentencias saliesesen concebidas mas de la passion de sus afectos que de la rectitud de la razon. Concurrieron tambien los respetos de los Emperadores para quitarles enteramente la livertad; influyendo en sus respuestas ya el miedo, ya la violencia, ya la avaricia, ya la ambicion, ya otros diferentes afectos. De aqui nace, que unos textos esten revolsando sumision, y adoración.

acion acia los Cefares; y otros entereza, y sobriedad, segun la complexion del Cesar que mandaba. Terrible, y lastimoso exemplo puede ser de esta sospecha la muerte que el Emperador Caracalla egecutò en el Jurisconsulto Papiniano, por que no quiso condescender à su iniquidad. Y si Papiniano fue ilustre victima de su constancia; lo que sabemos es, que hubo muchos Emperadores parecidos à este en la crueldad, y tirania, pero ignoramos que huviesse entre los Jurisconsultos otro exemplo de integridad como Papiniano.

14 Demas de esto, deve notarse que los Jurisconsultos concebian sus respuestas, no para que fuesen Leyes forzosas, si solo como opiniones puramente probables, que havian de ser examinadas antes de ser admitidas. Y es notable la diferencia entre uno, y otro caso; por que el mismo Jurisconsulto que favorecia al Actor como Abogado, siendo Juez acaso lo condenaria. Cosa que sucede cada dia entre nosotros; y poco ha me sucedio en un pleyto, que habiendo defendido por el Actor, y ganadole tres sentencias; à hallarme Juez de la causa, le huviera condenado todas las veces que ganò.

15 Esta es la distincion que ay en el Juris-

Jurisperito 'considerado como Abogado, ò como Juez: como Abogado puede discurrir, y defender con sola probabilidad intrínseca; como Juez deve sentenciar con la opinion mas probable. Por esso, dice Vives que muchas de estas Leyes, se apartan de la equidad, y deven ser examinadas atentamente antes que sean creydas. *Quibus de causis (Vives) conueniebat exactius perpendi ea atque examinari quæ illi ut responsa ad diderunt, non ut leges. Nam se debiant ab æquitate, iniquæ leges; deviasse autem interdum, argumento est, quod inter se quandoque sunt contrariæ.* Y asì prosigue la Censura por todo el Libro.

16 Francisco Hotomano, uno de los Jurisconsultos mas sabios, y eruditos que ha producido la Francia, sintiò lo mismo que Luis Vives: pues aunque no atribuye à los antiguos Jurisconsultos los vicios que contiene el Derecho Civil, refunde todos los defectos en Triboniano; y así, fuera de los muchos pasages de sus obras en que le reprende, compuso un Libro ò opusculo que llamó el *Anti-Triboniano*. No he tenido presente este Libro, por que se ingirió en la impresion de Amburgo de 1664. y solamente he visto la edi-

edicion de 1587. però es constante que toda su entidad consiste en censurar los errores que Triboniano introduxo en el Derecho. Pero donde mas estrechò la censura Hotomano, fue en la materia de feudos en que formò un compendio de los absurdos, iniquidades, y otros vicios que contiene aquel tratado que se uniò posteriormente à el Derecho comun; y para promover la reforma de esta parte principal del Derecho hace una declamacion Hotomano llena de lastima, y sentimiento al ver que los Juristas tan ciegamente cren quanto hallan escrito.

17 Dudaron algunos que Hotomano fuese Autor de esta obra, que despues de su muerte saliò à Luz por los años de 1605. la qual fue traducida al latin con el titulo de *Anti Tribonianus sive dissertatio studij legum* de la lengua Francesa en que fue esrita. Mas su hijo Juan Hotomano removiò la duda afirmando ser orba de su padre en la carta que escriviò à Nicolas Brulart Sillerio, como advierte Leickero en las notas al elogio de Francisco Hotomano, que compuso Pedro Naclero Doschio. El intento principal de dicho Libro fue provar que es corto, ù ninguno el fruto

C

que

que facan los Juristas de el estudio del Derecho Civil, cuya mayor parte se halla abrogada, y sin uso, llena de confusión, contrariedades, antinomias, errores, y vicios; y finalmente, no solo inutil, sino perniciosa su leccion, por lo expuesta, y facil à recibir dudas, y questiones sobre sus textos, como refiere el moderno Joseph Aurelio, de Januario en su Repub. de los Jurisconsultos, pag. 415. n. 89. *in notis*, hablando del contexto de dicho Opusculo, *ibi*: *In hoc libro ait Hotomanus, exiguum, aut nullam esse, illorum hominum felicitatem, qui melioris ætatis partem in studio librorum juris à Triboniano compositorum, consumunt: quorum maxima pars aut abrogata, aut extra usum est, aut perturbationis, & confusions plena, aut contrarietatibus, & antinomiis referta, aut vitiis, & erratis infecta, aut per contentiones, & mutationes, quæ ut plurimum faciunt, in dubium, & controversiam vocatur: neque artis excellentia, neque voluptate, quæ ex illa percipitur, homines ad hæc studia excitari, sed sola spe commodi, & lucri.* De cuyo sentir fue el gran Canciller de Francia Hospitalio, como advierte el mismo Aurelio en la citada pag. Y à este intento es notable la oracion, que Antonio Schultingio re-

recitó solemnemente año de 1605. en la Academia de Frisia; cuyo problema fue, *si era culpable Triboniano, porque suprimió los escritos de los famosos Jurisconsultos, que florecieron en tiempo de la Republica Romana, havien- do recopilado EN LAS PANDECTAS, los que vivieron en tiempo de los Emperadores.* Sin embargo de que dicho Autor preten de excusar à Triboniano de este, y otros crímines. Porque uno de los principales capitulos de que consta la acusacion de Triboniano es, el desprecio que hizo de los Jurisconsultos antiguos, como Sexto Papirio, Apio Claudio, Quinto Mucio, Sexto Elio Drufo, Rutilio Rufo, Quinto Tuberon, Scipión Nacica, y otros, que fueron los Maestros de la Jurisprudencia, y aun de los posteriores Jurisconsultos, Juliano, Papiniano, Ulpiano, Paulo, y los demás: sobre cuyo assunto compuso Aurelio Januario, en boca del Jurisconsulto Sulpicio, la discreta, y erudita Oracion, que refiere en la pag. 415. de su Republica.

18 Antonio Fabro, bien conocido por su singular agudeza, es de la misma opinion. Casi no ay capitulo entre sus muchas obras, que no contenga una, ò otra invectiva contra Triboniano. Acusale de imperito, infiel,

inadvertido, fragil, y finalmente de haver introducido en el Derecho infinitas inepticias, y defectos.

19 *Federico Scoto*, hombre erudito, y sabio en ambos derechos, qual se reconoce por sus obras, habla aun con expresiones mas vivas de dolor; conociendo, que en la Jurisprudencia no hay punto casi cierto. *Es como una Nave (dice) sin Timón, expuesta à la instavilidad, y contrariedad de hondas, y vientos: Nihil pæne certi habetur in legibus. Quarum scientia, ut Navis sine gubernaculo omniquis est obnoxia fluctibus. Sic ipsa omnium quatitur motibus, qui modo exagitare eam velint.*

20 *Francisco Valduino* en la obra singular, que intitula *el Justiniano*, prorrumpe en clausulas llenas de sentimiento contra Triboniano. Acusale de negligente en la formacion de las Pandectas; no solo porque faltò al metodo, y claridad; sì tambien, porque inculcò varias antinomias, y dexò inadvertidamente en el cuerpo del derecho, como proposiciones sentadas, las que antes havia supuesto iniquas, ù derogadas por Justiniano. Su acusacion consta de muchos capitulos. Uno de ellos dice asì: *Nos misseri, & his, terque mis-*
se-

feri, qui tales inter scopulos jactamur; sed multo illi etiam misseriores, qui neque vident, neque sentiunt, ac nec per somnium quidem cogitant, quidquam de Triboniani flagitio, sive stultitia, sive audacia, in Pandectarum capitulis, non jam dico componendis, sed potius cauponandis. Miserrables fomos (dice Balduino) una, dos, y tres veces los Juristas, que navegamos el mar inmenso de la Jurisprudencia entre escollos de confusion; pero mucho mas infelices son aquellos, que ni por sueños siquiera conocen el peligro que les amenaza, o el precipicio en que estan ya sumergidos. Y asi prosigue tratando de imprudentes, necios, e insulsos a aquellos Profesores, que por no herir la autoridad de Triboniano, no hay especie que no inviertan, ni ay patraña que no finjan en la conciliacion, e inteligencia de las Leyes Romanas: Imprudentes, & inverecondi sunt interpretes (ne ineptos, & insulsos dicam) qui quodvis fingunt, & comminiscuntur, potius quam Triboniani majestatem imminuant.

21 Balthasar Bonifacio, citado por Juan Chiflecio, en la Disertacion que compuso en defensa de los Autores de entrambos Derechos, dice estas palabras: *Et nisi huic rursus perniciofa illa inceffisset libido Juris Civilis per-*

perturbandi, & veterum Jurisconsultorum libros deflorandi, non regnaret nunc in reginam artium Jurisprudentiam tanta stoliditas, & ignorantia. Si Triboniano no huviera perturbado, y confundido los libros del Derecho Civil, deflorando las obras de los antiguos Jurisconsultos, no huviera en la Jurisprudencia tanta estolidèz, è ignorancia; esto siente dicho Autor, acerca del Derecho Comun, y esta acusacion es muy frequente entre los Juristas mas famosos, quexandose todos, de que Triboniano desflorò las obras de los Jurisconsultos, y nos privò de sus admirables sentencias, que aora servirian para la inteligencia de infinitos passages de el Derecho.

22 De lo mucho que hay superfluo en el Derecho Comun, hicieron Catalogo *Pardulfo, Prateyo, Radulfo, Fornerio, y Guido Pancyrolo.* De las antinomias, contradicciones, y falsedades, que à cada passo se encuentran en las Leyes Civiles, escrivieron *Mærstrio* en el tratado, que intitulò *el Conciliador.* *Antonio Matheo* en la disertacion de las Antinomias de el Derecho Civil. *Vvissemb.* y otros muchos que refiere *Brunquelo* en su *Historia Civil.* Los anacronismos, que cometìò Triboniano, proponiendo como Leyes constantes, las que yà estaban dero-

ga-

gadas, notò Balduino en su *Justiniano*, y observò tal qual vez Gudelido en su *Derecho Novissimo*. La iniquidad, y sin razon de varias Leyes Justinianeas, censuraron Mattheo, Fabro, Balduino, Hotomano, Vives, Ramos, y otros muchos. Y finalmente el desorden, y falta de metodo en la distribucion de los Libros, Titulos, y Leyes del Derecho Civil, notaron, Donelo, Pedro Gregorio, y otros. Y asì dixo con sobrada razon Brunquelo: *Quod si enim Alciati, Buddei, Baldini, Cujacii, Contii, Panciroli, Amelini, Prateii, Reverardi, Fabrorum, Matthei, Visembachii, Thomasi, aliorumque evolbamus scripta, multa invenemus animadversa, quorum nomine Tribonianus cum adiutoribus suis reprehendatur, ac incuriae, negligentiae, imprudentiae, incitiae, & audaciae acusetur*. Abranse las obras de todos estos Autores los mas celebres de la Jurisprudencia, (dice Brunquelo) y se hallarà à Triboniano hecho reo de su incuria, negligencia, ignorancia, imprudencia, y temeridad.

23 El doctissimo, y juiciosissimo Cardenal de Luca tenia muy vien penetrados los errores, y defectos de el Derecho Comun. A cada passo exclama contra la fervil deferencia, que los Legistas le dãn. Y debe

no-

notarse que escribió en Roma, donde por estatuto particular se observan como Leyes las resoluciones del derecho antiguo. Pero lo mas singular de este hombre incomparable fue, que à vista de una Ley expresa, y à vista tambien de todos los Abogados, y Juristas de Roma, escribió aquel Tratado tan lleno de preciosidad, y critica, que intitulò: *Conflictus Legum, & rationis*. No ignoro, que algunos, para acreditarse de idiotas, reprehenden en este hombre, lo que es mas digno de alabanza. Esto es, que no llena sus paginas de citas, y numeros impertinentes, como estilan los demás Legistas. De este abuso pueril, yà hablarèmos en otro discurso. Ahora bastanos saber el aprecio que los hombres de juicio hacen de las obras de Luca.

24 Luis Vives, lib. 7. f. 830. dice, siguiendo la Autoridad de Suidas, que Triboniano aunque era hombre erudito, y de grande juicio, era de perversas costumbres, que acostumbraba vender las Leyes, y derogarlas à el arbitrio del que mas dinero le ofrecia: *Nam quod dicunt, Tribonianum fuisse magnum, & eruditione, & prudentia, & iudicio virum, non dubito: Sed hominem nec optimum, & quem Suidas, ait consuevisse leges vende-*

re prætio ; & tales figere , & refigere quales congruerent iis qui plurimum numerarent.

25 Antonio Augustino, de Legib. pag. 42. con Procopio en la Historia secreta, despues de notar que muchas de las Leyes posteriores à las de las doze tablas, no tubieron otro principio que la ambicion, embidia, y otras causas depravadas, *nam secutæ leges (inquit Tacitus) & si aliquando in maleficos ex delicto , sæpius tamen disensione ordinum , & apiscendi illicitos honores , aut pellendi Claros Viros , alia que ob præva pervim latæ sunt ;* dice de Triboniano, que vendia las Leyes , fingia , y suponia las antiguas, y nuevas. *Tribonianum silentio prætereamus, inquem Virgilianum Carmen in ore omnium habetur. Fixit enim leges præcio si græcos audiamus , atque , quod nobis magis perniciosum fuit , veteres , novasque refixit.*

26 Celio Rodiginio de Antiquitate Rom. Lib. 22. Cap 20. dice que era sagaz, falso, impio , enmigo de la Religion Christiana, entregado totalmente à el interès , que hacia comercio de las Leyes y finalmente que infatuò à Justiniano en el error de que seria immortal. Este es el concepto comun que hacen de Triboniano los Historiadores mas antiguos ; y què , me inclino yo à este dictamen ?

27 No ignoro que Triboniano tiene tambien sus Apologistas. *Chiflecio* se empeñò en su defensa : *Ramos* en su *Sueño Critico* le defiende tambien de algunas acusaciones. *Scultingio* en la Oracion citada , y otros. Las Leyes, que en el Derecho Civil hablan en favor del Catholissimo , parece que desmienten las Historias que infaman à Triboniano en punto de Religion. Mi sentencia es media . Creo firmemente, que el Derecho Civil se halla contaminado de varios errores , y defectos ; pero siento tambien que todos estos vicios no constituyen materia suficiente para formar contra Triboniano una acusacion tan acerva , como le pusieron *Hoto-*mano, *Balduino*, y otros. Mas es : su descuido , aunque inegable , no puede privar à Triboniano de la Gloria , que adquiriò en la conmposicion de obra tan ilustre como las *Pandectas*. Me afirma en este concepto ver que *Cujacio*, el mayor Panegirista que tiene Triboniano, pues no falta quien le haga Autor de la difussa Apologia , que se dio à Luz con nombre de *Huberto Gifanio*, confiesa al mismo tiempo ingenuamente sus defectos. De manera, que en los *Commentarios* , que hizo al *Codigo*

titu-

titulo *Communia de legatis*, elogia à Tribonia
 no con el renombre de *alter Papinianus*,
 repitiendo estas alabanzas en la Epistola
 que puso à la frente de sus Paratilas.
 Empero al mismo passo reconociò en Tri-
 boniano no uno, si no muchos vicios, ya en
 las barbaras locuciones, y humildes frases,
 ya en las vanas redundancias, y fastidiosas
 proligidades, ya en claros anachronismos,
 ya en la falta de metodo, ya en otros
 defectos, que nota en el *Lib. 9. de las qq. Pa-*
pinianaeas sobre la *L. Lutius Titius 24. Dep.*
vel Cont. y en los *Comentarios ala Ley 22.*
leg. 3. y sobre la *L. 1. y 2. Cap. de reb.*
credit. y otros Lugares, que omito.
 y assi su mas insigne Apologista no pu-
 do defender à Triboniano de estos defec-
 tos; aunque con altos elogios le eximiò
 de las calumnias, è injustas acusaciones
 de sus emulos. Què, havia de ser Divino
 Triboniano, para que en obra tan inmensa,
 y confusa, que constaba de infinitos Li-
 bros, y fragmentos de los antiguos Juris-
 consultos, procediese sin deslices? Si el ser
 humano bastara para hacerle reo de tan
 grave acusacion, como quieren otros, no
 huviera author en el mundo libre de tales
 detracciones. Saviendo que aun, en la na-

turalaleza Angelica cupo error, y error detestable.

28 Mas yo prescindiendo de mi dictamen; que parece el mas benigno, y justo, y confidero solamente la oposicion que aì entre los Autores; de esta misma duda sale un argumento imbencible contra los sequaces del Derecho Romano. Por que el justo recelo de las calidades, y operaciones de Triboniano es incomponible con aquella ciega deferencia que le dãn los Juristas. En esto se distingue la razon de la Autoridad: La razon siempre persuade, por mas que muchos contradigan: la autoridad puesta en duda, no puede inclinar el juicio; por que toda su eficacia consiste en el credito, y este es incompatible con la sospecha. Lo que yo creo firmemente, es lo que San Bernardo escriviò al Papa Eugenio hablando del Derecho Civil. *Quotidie (dice San Bernado) perstringunt in tuo Palacio leges, sed Justiniani, non Domini; rectius etiam? Istud tu videris. Nam lex Domini immaculata convertens nimas; hæ autem non tan leges sunt, quam lities & Cavillationes.* Las Leyes, de Justiniano no son Leyes, sino Pleytos, y cavilaciones. Esto siente San Bernardo, y esto mismo creo yo.

Con

29 Con lo qual conoceran los Jurisperitos , quan indigno del humano albedrio es aquel culto que sedà en las Unibersidades à las Leyes Civiles; siendo tal el respeto con que se profieren , y oyen, que quando ni la razon , ni el artificio hallan medio de conciliar los Textos , se elige el camino de confesarse ignorantes todos , primero que contradecir un tilde de el Derecho Civil. Que digo contradecir? Dudar siquiera de su razon à nadie se permite. Y por escudo de todo , en tales aprietos se hecha mano de la Ley 20. ff de *Legib.* (que yo llamo asilo de ignorantes) *non omnium quæ in jure sunt potest reddi ratio.* No puede darse razon de todo lo que el Derecho dispone. Que mas obsequios tributamos à la Fè? Con razon decia *Balduino, de jure nov. In præfat. pag. 2.* que se deve desterrar esta Supersticion iniqua , que ciega los ojos de los Jurisperitos , y les priva de la razon. Acafo respetamos à Justiniano como alguna Deidad , que no pudo errar en obra tan inmensa ? diran que no : pero lo que yo veo es , que le transforman en Deidad , al tiempo que le creen infalible. Que el idolo lo haze , quien lo adora. Heregia llamò *Cujacio* , con muchos à esta indigna creencia.

30
cia. Y dexo otros epytectos, y titulos llenos de rubor, è infamia, que muchísimos Jurisconsultos de primera nota acomodan, è imponen à estos ciegos sequaces de el Derecho Romano.

30 Son muchos mas los Legistas, que notaron en el cuerpo del Derecho Civil proposiciones erroneas, ilusorias, y llenas de supesticion. Raro es el que de intento se puso à impugnar sus errores; pero basta esto, para que entiendan los Profesores de Jurisprudencia, que el Derecho Romano no merece culto tan inviolable, que sus mismos sequaces no hayan reconocido estar lleno de vicios. Veamos, pues, como no faltaron grandes politicos que notaron nuestra ceguedad.

31 *Besoldo, Pedro Gregorio, y Juan Bodino*, politicos insignes, y eruditos en toda especie de literatura, reprendieron los dos ultimos en Justiniano la fragilidad con que estableció varias Leyes iniquas en favor de el otro fexo: y *Besoldo* hizo irrision de los Juristas, que tan ciegamente creen quanto encuentran escrito en las Pandectas.

32 *El juicioso, y erudito Don Diego Sahabedra*, en una de sus emprellas reprehendió la misma obstinacion de los Legistas; de

cu-

cuyo obsequio indecoroso (dice) resulta, que las de España sean tan poco atendidas: à un de nosotros mismos: viniendo por este medio à quitar à las Leyes Españolas todo aquel respeto, y atencion, que injustamente transferimos à las Romanas.

33. *El Marquès de San Phelipe*, hombre à la verdad sentencioso, sabio, y erudito, en su Monarchia Hebrea, llamò à este ciego asenso que damos al Derecho Civil, pueril, è indigna condescendencia de hombres dotados de razon.

34. *Navarrete* en los Comentarios de la consulta, que el Consejo hizo año de 1619. à Phelipe III. para la restauracion de España, propuso como uno de los medios precisos la correccion del Derecho Romano.

35. Quando los Españoles tenían à desprecio, è ignominia gobernarse con Leyes ajenas, prohibieron el uso del Derecho Civil; llegando (como dicen algunas Historias) à imponer pena de muerte al que usasse de sus Leyes. Petrus Greg. Tolosan. de Rep. lib. 18. cap. 4. numer. 2. Carmon. in Antiparaphras. ad S.C. Hispanie, num. 78. Matheas. de Via. Juris. cap. 36. num. 8.

36. Los Españoles antiguos vien pene-
tra-

traron los perjuicios, que el Derecho Romano podria acarrear à España; y por esso la Ley del Fuero juzg. 8. lib. 2. tit. 1. prohibiendo en España el uso del Derecho Civil, dà la razon; porque las Leyes Romanas (dice) *contienen muchas gravedumbres*. Pues en verdad, que aqui no tiene cavida la solucion vulgar, de que el tiempo ha sido la causa, que muchas Leyes Civiles parezcan aora inniquas, è irrifibles; porque aquella es una censura absoluta, que recae sobre la justicia intrinseca del Derecho Romano. Y aunque la Ley del Fuero habla delCodigo Teodosiano, nadie ignora, que este Cuerpo de Jurisprudencia no es inferior à el de Justiniano: y acaso el de Teodosio, no sería tan perjudicial à España.

37 Hasta aqui hemos propuesto las razones que se deducen yà de los dessengaños, que passan por las demás Ciencias; yà de lo que muchos hombres, asì Juristas, como Politicos, sintieron de los errores, que contiene el Derecho Civil; y finalmente, hemos dado à entender el corto aprecio, ù el desprecio positivo, que hicieron los Españoles antiguos de todas las Leyes Romanas. Demos un passo mas; ganemos tierra hasta introducirnos en el cuerpo del enemigo.

CA.

CAPITULO II.

LAS PANDECTAS QUE OT

possehemos, son Apocrifas; y sus Textos no son conformes al sentir de los Jurisconsultos, à quienes se adscriben.

38 **E**N què fundan los Sectarios del Derecho Civil la ciega deferencia que le tributan? Yo lo dirè; que como algun tiempo fui acerrimo defensor de sus maximas, y leyes, tengo bien impresso el motivo. Unos hombres que fueron los oraculos de la Jurisprudencia en los siglos mas cultos, y adelantados, que gozaron las Letras; unos hombres tan respetables por su doctrina, è ingenio, que merecieron, no solo el gobierno de la cabeza del mundo; si tambien una confianza tan intima con los Emperadores Romanos, que no tanto fueron sus Consejeros, como sus amigos; unos hombres, finalmente, que en las reliquias de sus obras, que componen el basto volumen de las Pandectas, han sido admirados, y seguidos de las Naciones mas sabias de la Europa; còmo no han de arrastrar el assenso de quantos entran por las

E

puer-

puertas de la Jurisprudencia? Còmo todos no se han de jurar Discipulos de tan grandes Maestros? A quienes el Emperador Justiniano colmò de tantos elogios, que los colocò poco menos, que en el grado de Oraculos.

39 Pues, què, si à esto se añade el maduro escrutinio, que de orden de Justiniano hicieron Triboniano, Theofilo, Doroteo, y otros Varones ilustres para la formacion de esta obra? Què no trabajarían? Què no examinarían? Què no discurrirían para salir con tan alto empeño? No tendrían muy presentes estos, que llamamos errores? Y passando mas adelante; un Emperador tan grande como Justiniano, tan Catholico, y tan capáz, (en la opinion de muchas Historias) còmo es crehible, que en todo su Imperio estableciesse unas Leyes llenas de errores, supersticiones, y falencias? Ni còmo huviera sido posible, que por tantos siglos fuesen obedecidas, y fuesse governado un Imperio tan dilatado, como alcanzò, y restableciò este Emperador? No es, pues, estrabagancia fuma, querer aora trastornar obra, que saliò de las manos de tan grandes Maestros, y ha sido admirada de todo el mundo?

No

40 No tuvo la Jurisprudencia entre otros muchos, à un *Antonio Agustino*, hombre de tan dilatada erudicion, y de tan alta critica, que sin duda alguna huviera tentado, y conseguido el assumpto de este discurso, à contemplarle verisimil, ò possible? Siendo asì, que en su tierna edad corrigiò infinitos errores, que introduxeron en el Derecho Civil las versiones de algunos imperitos. Quien formò esta censura, huviera mejor advertido, y corregido los errores objetivos, que aora pretendemos. Esto decia yo con gran satisfaccion mia, y esto diràn aora los Legistas, que estàn bien hallados con sus maximas, errores, y vulgaridades. Pero, ò verdad, quantas tinieblas te se ponen delante, para que no seas vista! Del perfido Lutero se dice, que en medio de sus errores no dexaba de conocer la verdad infalible de nuestra Religion; y sin embargo, haciendo en èl el habito de errar segund naturaleza, nunca se resolviò à seguir el partido de la razon. Yo no sè si esto puede suceder; lo que veo es, que muchos Abogados conocen los errores, que contiene el Derecho Romano; y con todo, en llegando à el lance de la disputa, de la defenia, y de la pluma, se valen de

E 2

los

los mismos Textos , que reprueban ; y presumen persuadir à todos , que son verdades , y dogmas infalibles , los que interiormente tienen por falsos. Sea como fuesse , respondo à la objecion de arriba , que si esse argumento fuera conveniente , muy pocos errores , y abusos veteranos pudieran extyrparse. No hay error que no tenga por patrono al tiempo , terquedad , è ignorancia. Estos son los apoyos de las tradiciones populares. Pero quantos delyrios , y fabulas no se han hecho lugar aun entre hombres de letras con estas armas fantásticas ! Vè aqui la propria cantilena de los Filósofos , y Medicos antiguos. El Principe , y Maestro de la Filosofia peripatetica , fue nada menos que Aristotelès. Què hombres no siguieron à este Filosofo ? Basta que (en la opinion comun) le defendiesse un Santo Thomàs de Aquino. Quantos tiempos no ha sido creïdo como oraculo , Aristotelès ? Pero ni la gran recomendacion de Santo Thomàs , ni la antiquissima possession de su principado han podido conseguir , que en estos dos siglos posteriores quedasse Aristotelès , siquiera con la mitad de su imperio. Lo mismo ha sucedido con Galeno , y aun con el divino Hypocrates.

Y

41 Y despues que el Reverendissimo Padre Maestro Feyjoò convenciò, y destruyò repetidas veces en su Theatro Critico esse argumento vulgar, seria ocioso, que en esta materia hablasse yo, ni otro alguno. Fuera de esto, respondo, que la replica consta de dos partes: en la primera, se trae la Autoridad de los antiguos Jurisconsultos, como escudo de todo lo que contienen las Pandectas, en que noto un supuesto falso; y es, que haya en el Derecho Civil proporcion, que sepamos sea conforme à la opinion de el Jurisconsulto, à quien se adscribe. Triboniano con una libertad absoluta, y reprehensible quitò, añadió, y alterò quanto quiso en las obras de los Jurisconsultos. Esto lo dice el mismo Triboniano, en el §. 7. *Constit. deo authore, ibi: In tantum volumus eadem omnia cum reposita sunt obtinere, ut etsi aliter fuerant apud veteres conscripta, in contrarium autem impositione inveniantur, nullum crimen scripturae imputetur sed nostrae electione hoc adscribatur.* Ve aqui donde Triboniano se previene de la acusacion, que justamente le hacen muchos. Dice, que todo lo que se halle en el Derecho Civil ha de observarse, no obstante, que sea diverso, ù contrario de lo que

que sintieron los antiguos Jurisconsultos. En cuyo caso (advierte Triboniano) que la mutacion , ò contrariedad , no se ha de atribuir à error de la Escritura , sino al mismo Triboniano , à quien el Emperador diò la libertad de alterar lo que le pareciesse , para conciliar las sentencias de los Jurisconsultos. Y asì , aunque leamos esta , ù la otra Decission con el epygrafe de Papiniano ; v. gr. no podemos afirmar , que este fuesse su dictamen. Acafo sintiò Papiniano lo contrario. Y si Triboniano para ajustar las opiniones, puestas de los antiguos, alterò, ù invirtiò sus sentencias : luego yà no puede con la autoridad de los Jurisconsultos co-honestarse el culto que se tributa à el Derecho Civil.

42 Este argumento se harà mas perceptible con alguna comparacion. Si de los escritos de Aristoteles , y Platòn , ù de los de Gassendo , y Descartes , se formasse una nueva Filosofia , entresacando las sentencias de estos Autores , y conciliandolas de modo que no contuviessen oposicion , podria decirse , que esta nueva obra era conforme à la mente de Descartes , y Gassendo , de Platòn , ù de Aristoteles ? Claro es que no. Podrian aquellas nuevas

vas opiniones defenderse con la autoridad de estos hombres ilustres? Embuelve contradiccion; porque dos proposiciones contrarias, ù contradictorias, jamás podrán reconciliarse sin destruirse; siendo la contrariedad intrínseca, è imprecindible de la sentecia. Y à la manera, que no cabe en el orden natural transmutar lo negro en blanco, sin que lo negro deje de ser negro; así tambien es imposible reconciliar dos sentencias verdaderamente opuestas, sin destruir alguna de las dos. Luego haviendose valido Triboniano de este arbitrio, como era preciso, para que los sentimientos de los Jurisconsultos faliessen acordes, de suerte que no apareciese en el Derecho antinomia alguna, segun ofrece *Indice Const. Deo auth. § 4.* (bien que no pudo cumplirlo) venimos à concluir, ò que los Textos de los Jurisconsultos conservan aquella antigua oposicion, y contrariedad propria de las sectas que professaron, ù que no son conformes à su sentir las sentencias que nos propone, y refiere Triboniano con su nombre, y autoridad. Luego toda la fee de estos Libros viene à estribar sobre la autoridad de Triboniano. Y quien fue Triboniano? Hombre, que segun dicen las historias de su tiem-

tiempo, vendia las Leyes; y negociava con ellas. Hombre, que en el sentir de los mismos Juristas, cometió mil torpezas, y anacronismos en la composicion del Derecho Civil; hombre posehido de vicios execrables; y no como quiera indiferentes, sino opuestos derechamente à la rectitud de animo, que requerirà tan gran obra; y hombre en una palabra, en quien los Historiadores antiguos *Procopio Suidas*, y otros à quienes sigue *Baronio*: año 529. n. 26. combienen en que hacia comercio de las Leyes. Y asì sus talentos, constituyendose Ministros de su abaricia desenfrenada, vinieron à ser la causa principal de que el Derecho Civil saliese tan defectoso, como le tenemos. En terminos tales queda la autoridad de el Derecho Civil si se funda en la opinion, y credito de los Jurisconsultos antiguos, y de *Triboniano*

43 Mas demos que *Triboniano* por si solo tenga accion à nuestra ciega deferencia. Pregunto, las *Pandectas* que poseemos son las mismas integramente, que ordenò *Justiniano*? Semantienen con la misma pureza, sin mezcla de especies adulterinas, y sin alteracion, ò corrupcion de sus *Texos*? Los Juristas asì lo creen ciegamente; pero oigamos la

la historia, ù la fortuna que corriò el Derecho Romano, antes que se introdugese en la Europa. Por los años de 529. ò 30. salieron à Luz las Pandectas Justinianas, que de comision de este Emperador ordenò Triboniano, acompañado de otros Jurisconsultos. Conservaronse en el Oriente hasta el año de 867. en que el Emperador *Basilio Macedon* ambicioso de gloria, desterrando del todo la lengua Latina, y el Derecho Justiniano, mandò formar un Código mas breve, y determinado de los Textos de el Digesto, y constituciones del Código, y novelas. Dividiolo en 40. Libros que su hijo *Leon* estendiò hasta 60. con el nombre de *Leyes Imperiales*. Pero este Código durò, hasta que el Emperador *Constantino Porphirogenito* recopilò en un cuerpo los Libros del Derecho Civil, con los historicos que daban luz para su inteligencia. Con estas alteraciones se suprimieron las Pandectas, de modo, que en el Imperio Oriental, ya no tubo mas voz ni sequito el Derecho de Justiniano, hasta que los Turcos destruyeron la dominacion griega, y establecieron el Imperio que oy posehen. Mas no pararon aquí las nobedades de la Jurisprudencia; por que fuera de los Códigos

F

que

que *Basilio Leon*, y *Constantino* formaron ; salieron al vso otros , ya con decreto de los Emperadores, ya à influxos particulares. Formose un Epitome ù Prontuario parvo llamado *Sinopsis* que contenia la medula de las Leyes de Justiniano . Formaronse tambien dos Alfabetos de el Derecho , uno general, que por letras abrazaba todas las Leyes, y Libros de los Codigos anteriores ; y otro mas reducido , que era un extracto de el antecedente . Y para no cansarnos , llegaron à fer siete los *Basilicones*, formados , despues que Justiniano ordenò sus *Pandectas* de los quales poseemos oy algunos, que en su prefacio notan los defectos del Derecho Civil Justiniano . Cuyos Libros todos concurrieron à obscurecer , y sepultar las *Pandectas* ; siendo este el fin de los Emperadores que le sucedieron.

44 Esta fortuna corrian en el Oriente las *Pandectas* de Justiniano ; pero en el Occidente aun tuvieron suceso mas infeliz ; porque fuera de *Rabena* , que era Exarcado del Imperio Griego , en todo el resto de Italia , España , Francia , Alemania , &c. ò no fueron recibidas , ò tuvieron tan poca subsistencia , que inmediatamente se obscurecieron. Y la razon consistia, en

en que dominando en el Occidente los Godos, Longovardos, y otras Naciones, enemigos, y émulos de los Emperadores, no permitieron la entrada à estas Leyes, que de algun modo traian consigo la superioridad, y vassallage. Es tan cierto este argumento, que las Leyes Godas de España, que condenan el uso de las Leyes Romanas, corresponden à aquellos siglos en que Justiniano, y sus subcesores formaron los Codigos, y volumenes de el Derecho, que se han insinuado.

45 En el año de 1130. ò 1148. (que en esta circunstancia varían los Historiadores) los Soldados de Pisa, que militaban baxo de las Vanderas de el Emperador *Lotario* contra *Rogerio*, que se titulaba Rey de las Sicilias, en la expugnacion de la Ciudad de Amalphi, junto à Salerno, tropezaron en el rincon de una casa con las Pandectas de Justiniano. Passaronse à Pisa; y siendo esta Ciudad subyugada por los Florentines, se llevaron à Florencia, donde se conservan. Transcendió la noticia toda la Europa; traduxolas del Griego al Latin *Irnerio*; llenóse Italia de exemplares; llegaron à España algunos, que fueron materia parcial para

F 2

la

la formacion de las partidas; à cuya emulacion el Aragonès ordenò sus Fueros.

46 Estaba entonces España inculta, y casi sin profesion de Letras; pero siendo los Españoles tan capaces, como los antiguos Romanos para establecer sus Leyes, tuvieron por afrenta, que Leyes de un Imperio ageno fuesen obedecidas en el nuestro, y con razon; porque el caracter mas vivo de vassallage es la obediencia que dan los subditos à las Leyes. En ninguna accion resplandece mas la soberania de el Principe, que en la potestad legislativa. Crehible es, que los Godos se propusiesse en aquella Ley del Fuero Juzgo citada este motivo politico: pues estaba reciente la dominacion del Romano. Mas aunque aora cessa la razon de aquella maxima, no cessa la afrenta, y el daño de vivir, y gobernarse con Leyes ajenas.

47 Esta es la Historia, ù la fortuna del Derecho Civil, omitiendo algunas menudencias, que concurrieron à la ordenacion del Digesto, yCodigo, por no ser de el caso. Sobre esta narracion historica, que refieren *Fortero*, *Gravina*, *Camilo Borelo*, y otros

otros muchos, harèmos algunas reflexiones, que aun tiempo mismo desvaneceràn las ponderaciones del argumento propuesto, y acabarán de convencer el poco credito que se merecen las Pandectas quando se prescinde de la passion.

48 Los sucesos de esta Historia son muy parecidos à los que concurrieron en las obras de *Aristotelès*, que refiere *Gaudencio* en la obra de *Ortu, & Progressu Philo-*
sophæ apud Romanos.

49 Lo primero que se ofrece al mirar dicha Historia, es la sospecha de que las Pandectas que encontraron los Pisanos en el despojo de Amalphi, acaso no seran las mismas que mandò ordenar el Emperador Justiniano. Quien nos asegura su identidad? En la distancia de tres, ù mas siglos, que estuvieron sepultadas, què monumento, què historia, ù què prueba verisimil tenemos de que aquellos libros son puntualmente, los que de orden de Justiniano formaron Triboniano, Theofilo, Dorotheo, y los demàs Jurisconsultos, que se refieren en la Ley Unica, *Codice de Jure Veteri enucleando?*

50 La Historia de el Derecho Civil no sube un ponto de el tiempo en que fueron
ron

ron encontradas las Pandectas en Amalphi, que fue por los años de 1148. ò 1130. segun la opinion que dà mas antigüedad al hallazgo: luego no puede la Historia servir de argumento para la identidad de dichos libros.

51 Las obras de *Aristotelès* fueron desaparecidas, y sepultadas muchos años, hasta que se transportaron à Roma por el Dictador *Sila*: de este suceso hay Historiadores, que atan los accidentes, y tiempos en que desaparecieron, se hallaron, y traduxeron en lengua Latina: con todo, no faltan hombres eruditísimos que duden de la identidad de los Escritos de *Aristotelès*.

52 Pues què razon no avrà para sospechar, que las Pandectas encontradas casualmente en un Lugar de Italia, no son integramente las que se formaron en Constantinopla, quando no hay Historiador alguno, que dà noticia suficiente de esta traslacion? Si no hay noticia del còmo, ò quando, ni aun del hecho simple de haverse transferido, por què hemos de creerlo? Porque asì se creyò inadvertidamente al principio, y aora se ha hecho entre los Legistas Artículo de Fè, lo que en sus prin-

principios solamente fue: un juicio indiscreto.

53 Pero què, no podemos apelar de esta sententia comun? Los criticos de mas sana intencion no se desdeñan de assentir à las tradiciones comunes, quando por otro lado concurren argumentos, ò congeturas verisimiles. En cuyo concepto tienen las tradiciones lugar entre las reglas de la critica, como sabiamente funda el cèlebre Carmelitano Honorato de Santa Maria, en el primer tomo de su Critica. Apsi tambien en la Jurisprudencia fuele darse por justificado un hecho, quando los testigos depoen de fama publica en sus tiempos, y en los de sus mayores, subiendo hasta dàr con la inmemorial. Bien que dicha justificacion ha de acompañarse en el Juez de un conocimiento muy exacto, para precaver las ignorancias, è inadvertencias de los testigos, como dirèmos en discurso separado sobre los errores de la costumbre. Yo doy por legitimo el argumento tomado de la tradicion; pero favorece à la identidad de dichos libros? Aqui cabe una equivocacion insignificante. Quando se encuentra el principio de la tradicion, no sirve de prueba la voz comun contraria. Esto es asì en el Derecho Ci-

Civil, y Canónico, y lo es también en el Derecho Natural.

54 Se dà Fè à una tradicion qualificada, (como diximos) porque se presume que aquella Fè en que tantos hombres han vivido sin rezelo, ni contradicion, tuvo por principio à la verdad de el suceso. No hay otro motivo para creer las tradicciones comunes. Esta, pues, presumpcion cessa precisamente, al punto que se descubre el origen de la creencia. Porque encontrando el motivo verdadero donde se fundò el error, sería imprudencia perseverar en la presumpcion de que tuvo mejor causa. Y esta tambien es la razon, porque se dà por el pie à la possession inmemorial, luego que se le encuentra el principio: no porque la inmemorial esencialmente pida tiempo ilimitado, como creen vulgarmente los Legistas, sino porque en tal caso cessa la presumpcion de el Derecho, que atribuye à la inmemorial un principio justo, y verdadero.

55 La Historia misma està diciendo, que el motivo de creerse las Pandectas usuales las mismas integramente que ordenò Justiniano, fue aquel accidente, ù hallazgo, que lograron los Soldados Pisanos:
haf-

Hasta aqui llega la Historia ; de aqui hasta Justiniano , en cuyo espacio mediaron nada menos , que seis siglos , no habla palabra ; y aunque hablàra , faltarian las congeturas verisimiles , para que constituyera alguna prueba. Antes parece increhible , que unos libros de tan grande entidad , y que alborotaron el mundo , luego que se descubrieron , estuvieffen tan dados al silencio en la Ciudad de Amalphi , hasta que fueron encontrados por acaso entre sus despojos : quando vemos , que lo mismo fue encontrarse , que divulgarse la fama del hallazgo. Es posible , que su dueño hiciera tan corto aprecio de ellos , que de curiosidad fiquiera no los daria à que los registrasse algun hombre literato ? Y si me dicen , que el mucho aprecio pudo ser causa de tenerlos tan retirados , sobre ser esto increhible , quando no concurre una grande estimacion comun de la alhaja (qual se verificò en las obras de *Aristotelès* , para que sus subcessores las tuviessen depositadas en las entrañas de la tierta) sobre no ser , digo , crehible , es tambien inverisimil , que el possedor de dichos libros , escritos en Griego , no tentasse secretamente la version à la Lengua materna , ù Latina , para

tener este tesoro en estado inmediato de producirle algun fruto. Pues en la Lengua Griega, muerta yà, no le era facil persuadir el alto aprecio de aquella obra.

56 Fuera de esto, la Historia misma nos abre la puerta, para que creamos, que aquellos libros no pueden ser integramente, los que se formaron de orden de *Justiniano*. No nos dicen los Historiadores del Derecho Civil, quanto fue el anhelo de los subcesores de *Justiniano*, sobre formar cada uno nuevos volumenes de Leyes; de modo, que fueron pocos los Emperadores, en cuyo reynado no se alterò el cuerpo del Derecho? No nos afirman, que los Emperadores *Basilio Mazedon*, y *Leon*, se propusieron la idea en sus Basilicones de suprimir las *Pandectas* de *Justiniano*? Y que al mismo intento concurrieron ambiciosos de gloria *Constantino*, y los demàs? No consta de la Historia, que en tiempo de dichos Emperadores estaban oprimidos, y sin exercicio alguno los libros de *Justiniano*? No nos refieren, que jamàs en el Oriente bolvieron à su observancia, hasta que feneciò el Imperio Griego con la invasion de los Turcos? Y finalmente, no consta de las mismas Historias, que en el Occidente fue mu-

mucho mas infeliz el subcesso de las Leyes Justinianicas? Pues cómo es creible, que apareciesen con su antigua pureza unos libros, que yá hacia quatro siglos se hallaban obscurecidos, y suprimidos como inútiles à vista de los nuevamente formados! El desprecio que los Emperadores hicieron de las Pandectas, y el animo que en ellos Reynò de extinguirlas, sin duda alguna fueron causas suficientes, para que se obscurecieran, ò adulteraràn aquellos pocos exemplares manuscritos, que mandò formar *Justiniano*.

57 Discurriràn algunos, que yo he afectado revocar à duda la identidad de las Pandectas, para dàr à mi intento una circunstancia tan relevante. Y aunque así fuera, embarazaria muy poco ser yo el Autor de este pensamiento, mientras se funde en tan graves argumentos, como he referido. Pero no es así. Aquel famosísimo, y eruditísimo Jurisconsulto *Andrés Alciato*, que tuvo la gloria de ser Maestro del grande *Antonio Agustino*, fue del mismo dictamen. Resueltamente niega, que el cuerpo del Derecho Civil, que aora tenemos, fuese autenticamente el mismo, que se formò de orden de Justiniano: *sed tamen*

magis arbitror (dice Alciato) Lib. 3. dis-
punct. Cap. 12. Grecum. Scriptorem nescivisse
latinas voces adamussim scribere. Nec tanta omni-
no illis libris adhibenda est fides, ut eorum autho-
ritate potiores non sint rationes. Quandoquidem &
in eis aliquos errores, scriptoris manu commissos
agnovimus; ut minime ilud authenticum cum
Politiano existimen sed potius multis post Justi-
nianum seculis descriptum. Ut inepte faciant vel
quistantis (ut ita dixerim) Ceremoniis illud osten-
dunt, vel qui etiam seria omnium ut videant.
 Dice Alciato, que el escriptor Griego, que traduxo del Latin en que fueron originalmente escriptas las Pandectas de Justiniano, faltò à la puntualidad de las voces latinas, à causa de la ignorancia de este idioma por lo que no merecen tanta fee los Libros de el Derecho, que se haia de abandonar la razon, por seguirlos: siendo así, que habiendo encontrado en ellos algunos errores, crehe el citado author, que dichos Libros de ningun modo son autenticos, sino escriptos muchos siglos despues de Justiniano tratando de necios à los que con tantas ceremonias, y respectos hacen de ellos alarde.

58 Fuè aquel Jurisconsulto un hombre peritissimo en las lenguas Griega, y
 La

Latina : estava adornado de una sòlida erudicion , como sabien todos. Por algunos, respetos podia interessarse , mas que nosotros, en el aplauso de dichos Libros : con todo , era hombre que mandaba su gran juicio con libertad generosa ; y así ningún respeto le detuvo para declararse contra el comun , y erroneo dictamen en que casi todos estaban.

59 Antonio Agustino sintió lo mismo, creyendo que nuestras Pandectas originales fueron escritas muchos años despues que murió Justiniano , acaso por algun Jurisperito de la Grecia. Y esto lo funda , yá en que están llenas de anotaciones y numeros , contra lo que mandò Justiniano en tres Constituciones ; yá porque contienen aun muchos errores , dignos de enmienda, fuera de los que se han corregido. Lo que convence , que no deben ser venerados estos libros como si fueran algun singular monumento de Jurisprudencia. Y sobre todo , siente Antonio Agustino , in lib. Emendat. Jur. Civil. que no son autenticos , en las palabras de este passage: *Magis probo (dice) eos libros ; cum jus Civile Bizantii traderetur , scriptos post aliquos annos quam Justinianus ex vita migrasset. Fuisseque studiosi alicujus viri in Gre-*
tia,

tia, non publicos mihi fit verifimile. Maxime: que ejus rei signum est, quod numerorum, & verborum notis, multis locis librarii usi sunt; quas notas Justinianus tribus constitutionibus fieri prohibuit. Hoc habent à temporibus Justiniani alienum. Luego no soy yo solo el que duda justamente de la ligitimidad de las Pandectas.

60 Pues què diràn aora los Legistas? Responderàn dos cosas. La primera, que no haviendo aparecido en el mundo otras Pandectas de *Justiniano*, sin duda son estas las mismas que poseemos. Afsi discurre *Camilo Borello*, hombre, à la verdad de bastante erudicion, qual se descubre en la obra singular de *Prestantia Regis Catholici*. Diràn lo segundo, que unos volumenes de la magnitud de las Pandectas, es increhible pudieran suponerse; y afsi, constando de las Historias verdaderas, que se formaron de orden de *Justiniano* los libros de el Derecho Civil, ha de creerse que son los nuestros, no existiendo otros en quienes pueda verificarse.

61 Pero estas replicas se satisfacen con los suceßos de otros muchos libros que se juzgaron legitimos, y el tiempo y la observacion los descubririan supuestos. Bello exem-

exemplo tenemos, ò muchos exemplos en la censura de *Historias Fabulosas de Don Nicolás Antonio*, que ha dado à luz el sabio, y erudito *Don Gregorio Mayàns, y Sisear*. Y mas individualmente lo han visto todos en la obra ò *Cronicòn de Lucio Destro*. Apareciò este libro en tiempo del señor *Phelipe II.* creyòse verdadero y autentico; llenòse España de traslados; pero recelando de su legitimidad, tomaron la pluma muchos hombres eruditos, que casi lo convencieron de falso; hasta que el famoso *Don Nicolás Antonio* acabò de demostrar su ficcion. San Geronymo hace mencion de un *Lucio Dextro* escritor antiguo; y de aqui tomò ocasion algun embultero, para juntar tantas ficciones.

62 El eruditissimo *P. M. Feyjoò*, recopilò muchas obras de este linage en el discurso 8. §. 14. de el 4. tomo; y singularmente refiere el suceso de el manuscrito de *Abdias de Babilonia*, hallado en un rincon de la *Corintia* por *Uvolfando Lacio*. Creyeron infinitos ser dicho libro de el mismo *Abdias*, uno de los setenta y dos Discipulos de Christo; pero se descubriò el embuste por los errores de su contexto, y el Papa Paulo IV. lo condenò por Apocrifo.

Por

63 Por què , pues, no pudo algun tramoyista , teniendo presente la historia de *Justiniano* , haver *consarcinado* las Pandectas, que encontraron los soldados de Pisa ? por que , haviendo tantos Libros que hacen memoria de los antiguos Jurisconsultos, teniendo en su poder algunos fragmentos de sus obras, ù algunos Codigos , ò Cronicones de los ordenados por los subcesores de *Justiniano* , no pudo alguno proponerse la formacion de estos volumenes, y valerse de la coyuntura de la guerra que à la fazon havia entte los Pisanos , y Amalphitanos ? En esto cave toda la posibilidad ; y no existiendo en contrario algun argumento poderoso , no sè por què regla haíamos de creher tan firmemente su legitimidad.

64 Empero , no pretendo tanto. Basta para mi intento que estèn las Pandectas mezcladas , y salpicadas de especies y fragmentos adulterinos ; segun serià el antojo del Griego que las escriviò ; como se ha de dar fe à un instrumento que contiene confusamente clausulas verdaderas, y supuestas ? Es individua la fe de qualquier escriptura ? Claro ès ; por que el motivo de la fidelidad es comun à todas sus
parte

partes. Luego mientras no haya quien puntualmente dicierna unas y otras especies, ninguna por solo el respeto de la autoridad deve precisar nuestro asenso. Y si por la razon intrinseca de sus Textos se deve calificar en el Derecho Civil, los que son dignos de fè, esto es unicamente lo que yo pretendo que no se crehan, como dogmas las Leyes Romanas: sino que se traigan à justo examen, antes de defenderse. Pero, ò Dios! quantas Leyes Civiles saldrian condenadas à un eterno desprecio, si la sentencia se huviera de dar en el Tribunal de la razon!

65 Yo no intento hazer demonstracion de que las Pandectas que posehemos sean àpochrifas en todas sus partes; pero nadie podrá negarme que su fè queda muy dudosa mediante los argumentos propuestos contra su legitimidad. Y esto basta, para que no las tributemos una fè tan ciega, que parezca fè. Si la autoridad fluctua, el respeto como ha de ser constante? Siendo dudoso el motivo, como ha de ser firme el asenso? Lo que arrastra la fè de los Legistas es la alta opinion de los antiguos Jurisconsultos, y la recomendacion de *Justiniano*: estas dos

H

cir.

circunstancias fino son supuestas, son à lo menos dudosas: pues, como ha de obligar el culto, no siendo cierta la Deidad? quando el precepto no es cierto, no obliga la obediencia.

66 Dexemos las Pandectas originales, y pasemos à examinar las que corren en las Universidades, como copias fijas. Y este será otro argumento demostrativo de nuestra cegedad. Hasta que *Alciato* emprendió la correccion de las Pandectas, fueron infinitos los errores que se vevieron en aquel inmenso Mar.

67 Ya se dijo que el cuerpo del Derecho Civil se encontró en Amalphi escripto en Lengua Griega: hicieronse de él varias tradiciones: pero, ya por la impericia de los traductores, ya por la poca cultura que en aquel siglo gozava la Lengua Latina, salieron los exemplares llenos de infinitos vicios. Este achaque es casi inevitable en todas las versiones del Griego al Latin: bien por la desigualdad de ambos idiomas; no siendo el Latino tan fecundo como el Griego; bien por que los Traductores rara vez posehen toda aquella pericia necesaria para el intento. De hecho, la Jurisprudencia estava muy obscurecida ò muy de seme-

jan-

jante à su original en tiempo de aquellos Jurisconsultos tan famosos *Bartulo*, *Baldo*, *Accursio*, y otros.

68 *Alciato* emprendió la correccion de las Versiones; trabajò mucho; pero dexò à su Discipulo el empeño. *Antonio Agustino*, valiendose de su gran juicio y pericia en ambos Idiomas, corrigió una gran parte de el Derecho Civil: *Cujacio* adelantò mas, castigando y supliendo el derecho con el auxilio de algunos fragmentos Griegos que pudo alcanzar. Y así este, como otros muchos Jurisconsultos introduxeron en el cuerpo del Derecho Civil varios textos y anthenticas.

69 Aora, pues, de aqui se infiere precisamente, que infinitas Doctrinas y opiniones, que así entre los Autores, como en las Universidades y Tribunales se han defendido, han sido y son conrrarias à la mente de los Jurisconsultos y del mismo *Justiniano*; puesto que las Leyes y Textos en que se fundan no conforman con el original. En cuya atencion *Antonio Agustino* en sus emendaciones, dice: Ninguna cosa me dexaba mas dudoso y confuso, que no encontrar conformes en la escritura los libros del Derecho; y lo que siempre tuve por mas insufrible, es

vèr la contradiccion, no en uno, fino en casi
 seiscientos lugares de sus Textos: *Nulla res
 nos magis dubios incertosque dimitebat, quam-
 quod non eadem omnibus legum libris scripturam
 quodque molestissime semper tuli, contrariam
 non uno, aut altero loco, sed penè sexcentis in-
 veniremus.* En una Epistola à Michael Mayo
 se explica con este denuedo: què accion
 mas grande puede darse, que convencer à
 los Maestros antiguos de la Jurisprudencia
 de haver incidido en varios errores, defen-
 diendo proposiciones opuestas à la verdad?
*Quid enim majus dici potest, quam permultis locis
 contrariam veritati ipsi sententiam majores nos-
 tros defendisse, demonstrare?*

70 Nuestro Luis Vives tan difusamen-
 te tocò este punto, que èl solo basta à ha-
 cer dudar à qualquiera de la fidelidad de
 las Pandectas. Quantas citas de Homero, De-
 mostenes, y otros Escritores Griegos (dice
 Vives) se passaron en silencio en las Versio-
 nes del Derecho? Siendo asì, que la fuer-
 za de la resolucion acaço estaria embebida
 en la sentencia de aquellos fabios. Otras
 muchas voces fueron viciosamente tradu-
 cidas; y asì las poseemos, y defendemos
 con el mismo error. Por otro lado, la igno-
 rancia de las Historias y costumbres Ro-
 ma-

manas conduciría, para que no se entendiesen varios nombres y expresiones que entre los Romanos serian muy vulgares. De este modo prosigue *Luis Vives*, señalando las causas de los vicios y defectos que padece el Derecho Civil. Y yo añado à todo lo dicho, que estos libros, quando se encontraron estaban desquaternados, comidos, raídos, destrozados, y con otros muchos defectos, de aquellos que acarrean las guerras y sucesos estraños, que fueron muy frequentes en la carrera de seis siglos que mediaron desde *Justiniano* hasta el hallazgo de las Pandectas. Y así, bien podrè yo sacar la consecuencia que *Luis Vives* deduxo sobre el mismo assumpto: luego las Pandectas que poseemos estàn tan viciosas, que muchas veces, ni los hombres mas doctos, è ingeniosos pueden penetrar el sentido de sus Textos: *Ergo libros illos mendacissimos habemus, adeo ut plerumque, nec à doctissimis, atque ingeniosissimis percipi possit sensus.*

71 Es cosa bien vergonzosa, que quando los Juristas estaban creyendo que seguian à *Justiniano*, y le defendian con todas las armas del ingenio en la Cathedra, en el Tribunal, y en los escritos, al mismo tiempo eran ellos los que mas se oponian à su

men-

mente; pues estando errado el texto en los
 ejemplares de las Pandectas, preciso es que
 tambien saliese errada la doctrina. Corri-
 gieronse despues algunos errores en los
 ejemplares; y los que ayer propugnaban
 acerrimamente una Ley Civil, oy llenos
 de confusion se ven precisados à defender lo
 contrario. Libiana mutacion por cierto, y
 al mismo passo inevitable! Porque confis-
 tiendo todo el fundamento sobre la vana
 autoridad de unos escritos peregrinos,
 es forzoso que à el punto que aquella se obs-
 curece ù altera, muden tambien sus se-
 quaces de dictamen; y asì se vieron y se
 ven estos ciegos sectarios expuestos à la
 irrision de todos los que saben tales muta-
 ciones que parecen de Teatro. Valga la
 razon: la opinion que ayer tuvo funda-
 mento para defenderse como punto incon-
 trovertible, por què oy no ha de ser del
 mismo modo verdadera? No haviendo va-
 riado circunstancia alguna intrinseca en el
 hecho, còmo podrà alterarse la razon de
 derecho? En estos derrumbaderos se precipi-
 ta el que funda sus dictámenes en autori-
 dades falibles. Por esso vizarramente dixo
Antonio Agustino, què obra mayor podria dár
 al mundo, que demostrar los errores de
 sus

sus Maestros? y Yo diria, què cosa mas vergonzosa para los primeros hombres de la Jurisprudencia, que verse convencidos indisculpablemente por un muchacho de 20. à 25. años. (que esta era la edad de *Antonio Agustino*.) Yo aseguro, que si sus opiniones hubieran sido fundadas no en la vana autoridad de los textos, sino en la razon legal, ni *Antonio Agustino*, ni *Alciato* (que hizo lo mismo con otros) ni *Cujazio*, ni hombre alguno hubiera podido desquiciarlas con sola la censura de las versiones.

72. Por otro lado se han introducido en el cuerpo del Derecho varios Textos y Autenticas, segun el antojo de los que han andado al redor de las Prensas. El *Cardenal de Luca* defendiendo en Napoles la libertad de un vecino que quiso levantar su casa en perjuicio de la vista que otro gozaba àzia las riberas de el mar, fue reconvenido con la Constitucion de *Cenon* que prohibe edificar en tales casos; pero estando advertido *Luca* de que aquella Ley fue introducida por *Antonio Concio*, como lo confiesa en la Prefaccion que hace à las Pandectas, rebatiò la rèplica, diciendo que estas y otras Leyes voluntariamente insertas en el cuerpo

po

po de el Derecho Civil, no son dignas de respeto. Y será justo, que estemos creyendo como Artículos de Fè pública, los embustes y patrañas que por el mismo camino se han introducido en el Derecho de Justiniano? Este pues es otro Capitulo suficiente para examinar con indiferencia las Leyes del Digesto y Código.

CAPITULO III.

CENSURA DE VARIOS PRINCIPIOS subalternos y Textos Capitaes del Derecho Civil.

§. I.

Errores de los Romanos sobre la naturaleza y condiciones de los Pactos.

73 **P**Oco importàra la censura de las Pandectas en general, si no pasàramos à hacer una demostracion sensible de la iniquidad, errores, y supersticion de sus Textos y Leyes. Y este es el thema que me propongo aora: consistiendo en dicho critico examen la dificultad mas ardua que puede imaginarse en la Jurisprudencia.

§. II.

74 Empezando pues por la materia de *Pactos*, que ocupa una parte considerable de el Derecho Civil, se reconoce visiblemente su supersticion è iniquidad. Establecieron los Romanos por maxima universal, que los *Pactos nudos*, esto es, que no tienen nombre especial de contrato, y quedan en los puros terminos de *Convenio*, no produxessen obligacion eficaz. *Leg. Juris Gentium, ff. de Pact. §. 4. ibi: Igitur nuda pactio obligationem non parit.* Sobre cuyo texto famosissimo han escrito los Civilistas muchas y cèlebres materias, que se pueden vèr en *Donel. Mantica. Cancer. Barbos. Cevall. Surd. Gutier. Pichard. &c.*

75 Mas quien no vè, que se opone à toda razon, que una convencion seria y deliberada no haya de obligar al promitente? Si Aurelio promete libremente à Pablo hacer ù dár alguna cosa, què razon havrà para que no se le pueda precisar à cumplirlo, una vez que seriamente consintió? Pues por què no ha de quedar eficazmente obligado?

73 En los contratos de *Venta, Arrendamiento, Sociedad, Mandato, y Procuratoria*, (que son los nominados)

el consentimiento es quien produce la obligacion eficaz , §. unico , tit. 23. Instit. lib. 3. Luego si en los demás pactos concurre el mismo consentimiento y causa por qué no ha de resultar igual efecto y obligacion ? Siendo regla conocida de todos , que *ubi eadem est ratio idem jus statui debet*. Es suposicion notoria decir , que fuera de estos contratos nominados , los hombres no proceden en los otros pactos con suficiente deliberacion y seriedad ; precipitandose facilmente en las promesas : que es el unico motivo que suele darse para defender dicha decission Civil. Porque vemos practicamente lo contrario. Y el ser los hombres algunas veces faciles y sus contratos inconsiderados , no proviene de la calidad y especie de los pactos , sino de la complexion de los sujetos y de otros accidentes , que no tienen connexion con que los pactos sean nominados ù innominados.

74 La *Permuta* , esto es , la tradicion de una cosa por otra , es un contrato tan frecuente , tan util y tan preciso para el comercio humano , como los otros contratos de *Venta* , *sociedad* y *arrendamiento* , &c. De tal fuerte , que antes de

de introducirse la moneda, por precition usaban los hombres de la Permutacion: siendo imposible venta sin dinero, §. 3. & 4. titul. 24. lib. 3. Instit. Luego no cabe en este contrato razon alguna de diversidad para que si Ticio y Sempronio convienen en purmutar sus alhajas, no queden eficazmente obligados, del mismo modo que si convinieran en venderlas.

75 Sobre aquella iniqua y erronea maxima inventaron los Romanos varias formulas, con que se debian celebrar los pactos, para que produxessen eficaz obligacion. A cuyo formulario llamaron *estipulacion*. Debia uno preguntar primero, para que el otro respondiese, de suerte, que si la promessa antecedia à la pregunta, era nula la estipulacion. Debia responderse por el mismo verbo que se preguntaba: debia asimismo la respuesta ser continua à la pregunta; y no observandose estas, y otras escrupulosas formalidades, ni el convenio era valido, ni quedaban eficazmente obligados los contrayentes, leg. 1. leg. 5. §. *Stipulatio*, ff. de *Verb. Obligat.* leg. 1. §. *Verbis*, ff. de *Action. & Obligat.* Ridiculas inventivas por cierto! Quien no

soltará la carcaxada , al oír tales cuentos? Pues esto es lo que tanto se celebra de los Romanos Jurisconsultos.

76 En consecuencia de estos supersticiosos principios , establecieron otra Ley no menos ridicula. Al Pacto Nudo daban actividad para que produjera obligacion ; pero una obligacion puramente natural , que no prestaba accion para precifar al cumplimiento: *Dicta Leg. Juris gentium* , §. 4. ff. de *Pactis*. Dirá qualquiera , pues de qué servia la obligacion natural , sino podia el obligado ser precisado à cumplirla? Aqui entra otra maxima del Derecho Comun mas distante de la razon , que la primera. Ordenaba, pues , que si el obligado inducido de algun error entregasse lo que prometió , yà no podia responderlo. De modo , que no le podian repetirle al cumplimiento ; pero pagaba bien, si erroneamente pagaba: *Dict. Leg. Juris gentium* , §. 4. ibi : *Sed exemptionem parit*. Lo que à mi nadie puede pedirme , si por contingencia lo pierdo , por qué no he de recuperarlo? Un error , cómo puede dár actividad à la obligacion que todo un consentimiento no pudo hacer eficaz? Cómo un error, ò un accidente ha de hacer preciso lo que por

por su naturaleza era voluntario? El error en otra qualquier especie, es materia suficiente para rescindir el contrato, y escusar el delito como cantò Ovid. *Metamorf. lib. 3. quod denique scelus error habebat? Leg. Si per errorem, ff. de Jurisdic. omni. jud.* Ha de ser el error quien dà toda la firmeza al pacto? Pero estos son delyrios que todos los hombres racionales han conocido. Y así la *leg 2. tit. 16. lib. 5. Recop.* dispone que de qualquier modo que aparezca que uno quiso obligarse à otro, quede eficazmente obligado. Y passo à otro assumpto.

§. II,

Escrupulos, è iniquidad del Derecho Civil, sobre los Testamentos.

77 **U**NA de las maximas capitales del Derecho antiguo era dàr por nulo el Testamento que careciesse de institucion de heredero; y aunque la tuviesse, si el heredero fuesse incapaz, ù no aceptasse la herencia, porque premuriò al Testador, ù porque no quiso, quedaba insubsistente el Testamento con los Legados, Fideicomisos, y demás disposiciones. Havrà

ra-

razon que persuada, ni disimule semejante iniquidad? Por què no ha de tener efecto una voluntad solemne, que no se opone à la razon natural, ni à lo honesto, ni trae inconveniente à la causa publica? Què connexion tiene la institucion de heredero con las demás disposiciones del Testamento? Por què la voluntad del Testador ha de estàr ligada à los accidentes, ù ha de depender del arbitrio del heredero? Considerando la sinrazon del Derecho Civil, las Leyes de España ordenaron que fuese valido el Testamento, aunque no tuviese institucion de heredero. *leg. 1. tit. 4 lib. 5. Recopil.*

§. III.

Impugnase la regla del Derecho Civil: Nemo potest decedere partim testatus, & partim intestatus.

78 **N**O es menos famoso aquel principio del Derecho Romano, que dice: Ninguno puede morir en parte con testamento, y en parte de sus bienes sin él. *Leg. Jus nostrum, ff. de Reg. Jur. §. Hereditas, vers. Non autem Inst. I de Heredib. inst.* Porque en esto encon- traban los Ro-
ma-

manos notable contradicción ; respecto de ser una la persona de el testador , y por consecuencia incapaz de ser representada por herederos de diversa especie. Pero quien no se reirá de este inconveniente? Porque si la contradicción es natural , cómo en el Soldado se dispensaba esta Ley, permitiendo que testase de una parte de sus bienes? *Leg. Si duobus , ff. de Testam. Milit.* Y si naturalmente no repugna dicha división de herencia , y testamento , señaláse el inconveniente que hay en lo político, para no permitir à todos la libertad que se concede à los Soldados. Lo cierto es, que siendo diversos los bienes del testador , no hay contradicción alguna en que disponga de una parte , dexando la otra para los herederos legítimos; porque qualquier contrariedad debe considerarse respecto de una misma cosa , *respectu ejusdem* : Luego siendo los bienes diversos , aunque el testador sea en sí individuo , no hay apariencia de contradicción. Y el absurdo está en que no habiendo inconveniente en lo natural , ni en lo Civil , se pongan à las ultimas voluntades tantos tropiezos , y eslabones.

La distincion que el Derecho Civil pone entre las acciones directas, y utiles, es vana, y perniciosa, y por consequencia lo es tambien aquella regla, que el que una vez es heredero, no puede dexar de ser heredero: Qui semel est hæres, nequit desinere esse hæres.

79 **D**istingue el Derecho Civil dos especies de acciones, *Directas*, y *Utiles*; estableciendo por maxima general que las acciones directas se hallan tan intimamente unidas à los huesos de la persona (con esta frase se explican los Civilistas) que no se pueden enagenar, ni transferir à otro. Y assi, quando el heredero y acrehedor ceden sus acciones, es conclusion sentada, que solamente transfieren las *Utiles*; que se llaman tales, porque en virtud de ellas se consigue la misma utilidad è interès que con las *Directas*: Las quales quedan en el cedente con union inseparable. Y es tan famosa dicha division de acciones, que su materia se reputa por una de las mas delicadas, intrincadas, y casi imperceptibles en la Jurisprudencia. Como se puede ver diffusamente en Gaspar Schifordég. lib. 3. tract.

23. *quest. 1. Ofuald. ad Donel. lib. 21. Comment. cap. 2. à litt. F. Galerat. de Renunciat. lib. 1. cap. 4. Guzm. de Evict. quest. 35. à n. 72. Parlad. difer. 87. à num. 1. y en el Señor Olea, que cita à estos, y muchos mas con los Textos capitales del Derecho Civil, tit. 6. quest. 1. y tit. 8. quest. 2.*

80 Lo primero que se ofrece contra dicha distincion es, que si las acciones *Directas y Utiles* tienen un mismo valor en juicio, y un mismo efecto, como nota el *Jurisconsulto Paulo* en la Ley *Actio 47. §. 1. de Negot. gest. ibi: Nec refert quis directa, an utili agat, vel conveniatur::: maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum*, de què sirve? Yo respondo ingenuamente, que sirve solo para fomentar inutilmente dudas y pleytos.

81 Si esta distincion quedasse en puros terminos de voz, pudiera dissimularse la vana futilidad del Derecho Civil; pero es el caso, que de este principio nacen questiones y dudas casi inexplicables, como advierten los citados Autores. Y si buscamos la razon que persuada la union inseparable de dichas acciones, no se podrá encontrar en todo el Derecho. Porque, ò se habla de union verdadera y *ph*ica?

fica ; y en este sentido es falso el principio : lo uno , porque es absurdo creer que las acciones legales sean accidentes verdaderos : lo otro , porque lo mismo debieramos decir de los demás derechos que la Jurisprudencia reputa por puros accidentes , y qualidades. Y si procede el principio Civil de union metaphorica , la misma razon concurre en las acciones utiles , que en la opinion comun se transfieren de una persona à otra. Demás , que en las acciones directas no podemos considerar aquella razon particular que concurre en el usufructo , y otros derechos que se llaman personalísimos en quienes no se permite la cesion ù enagenacion absoluta , porque lo resiste la voluntad del testador ù de el cedente , que quiso limitar la duracion de aquellos derechos à la vida del usufructuario.

82 De aqui proviene tambien la falsificacion de aquel principio generalísimo del Derecho Civil, que el que una vez es heredero , no puede dexar de ser heredero , *qui semel est hæres , non potest desinere esse hæres* ; siendo inseparables de la persona de el heredero las acciones directas. Sobre cuya basa resuelven varios textos , que después

pues de restituída la herencia al Fidei-Comissario, queda todavia el heredero obligado à los acreedores, D. Olea de Cess. Jur. titul. 8. quæst. 2. per tot. præcipuè à numero 12.

83 Pero haviendose convencido de erronea y vana la distincion entre las acciones directas y utiles, por consecuencia inevitable queda falsificada esta segunda regla. Fuera de esto, si al Fidei-Comissario, restituída la herencia, pasan todas las acciones utiles, activas y pasivas; es à saber, todo el lucro y todo el daño de la herencia, leg. 27. §. Si Pater 3. ad L. Trib. què es lo que retendrá el heredero, fuera de el nombre? No es suma iniquidad dexarle obligado à los acreedores, sin dexarle bienes con que satisfacerlos, contra el natural principio de que el commodum è incommodo no deben dividirse de un sujeto? *Quem sequitur commodum, sequitur incommodum.*

84 Diràse, que esta injusticia se salva, concediendo al heredero una excepcion eficaz para repeler à los acreedores, si le pidiesen en juicio. Empero, demás de ser iniquo que los acreedores lleguen à reconvenir à quien no tiene bienes para satisfacerles, dexando al Fidei-Comissario,

fario que puede y debe hacerlo ; es un rodèo inutil y un fomentar sin necesidad demandas y pleytos , permitir que el acreedor reconvenga à quien con una palabra puede darle eficàz repulsa. Debien- do todo evitarse, con mandar que el Fidei- Comissario tome à su cargo todas las fun- ciones y obligaciones hereditarias, una vez que recibe la herencia: dexando al heredero exempto de uno y otro.

85 Y esta es la distincion que debe ha- ver entre el heredero que restituye por Fi- deicomisso la herencia y el que la enagena voluntariamente ; porque este segundo , sin consentimiento de los acreedores no puede transferir su obligacion: à la manera de otro qualquier deudor, à quien no se permite ha- cer cession ù enagenacion semejante. D. Olea de Cef. Jur. titul. 3. quæst. 9. à num. 8. Cuya razon cessa en el heredero que de orden de el testador restituye la heren- cia. Luego despreciando la vana è injusta distincion entre las acciones *Directas* y *Uti- les*, se debe decir, que asì el heredero, como otro qualquier acreedor , ù deudor , ni pue- den demandar , ni ser reconvenidos, ni dàr otro algun efecto à las acciones *directas* , des- pues de haver cedido absolutamente sus de- rechos.

Sup V.
Censura del Derecho de Acrecer.

86 **E**L Derecho de Acrecer no es otra cosa, que la facultad que tiene qualquier heredero, legatario, ò con- trayente para adquirir, ò retener la parte que el colegatario, coheredero, ò socio no pudiesse, ò no quisiesse aceptar. *Leg. Qui, & duabus, §. 4. ff. de Acquir. heredit. Leg. Unic. §. Si Vero, Cod. de Caduc. toll.* Dicese adquirir y retener para comprehender el Derecho de no decrecer: *Jus non decrescendi*, que los Civilistas admiten como distinto del Derecho de Acrecer.

87 Tiene lugar este Derecho entre los conjuntos; esto es, entre aquellos à quienes en una misma oracion se dexa, ò lega una cosa, como si el Testador dixera: à Ticio y Sempronio lego tal albaja; que se llaman *verbis conjuncti*: y aquellos à quienes en diversas oraciones se lega una cosa sola, diciendo: lego à Cayo el predio tusculano: lego à Panfilo el mismo fundo tusculano, que se llaman conjuntos *re tantum*.

88 En el primer caso se verifica rigurosamente el Derecho de Acrecer, adquiriendo Ticio la parte del predio que repudiasse Sempronio: y en el segundo, reteniendo Cayo la

la parte del *fundo* que no pudiesse, ò no quisiessse adquirir *Panfilo*. Porque haviendo el Testador legado à *Cayo* todo el *fundo*, no se puede decir que adquiere la parte repudiada por *Panfilo*; pues no cabe adquisicion en la cosa propia. Por cuya razon llaman Derecho de no decrecer, *jus non decrescendi* en este segundo caso los Civilistas. *Leg. Mevio, vers. Totus, ff. de leg. 2. Leg. Conjunctim de legat. 3. §. Si eadem inst. delegat. Leg. Si separatim, vers. Totus, ff. de Condit. & Demonstrat.*

89 Veamos, pues, sobre que fundamento se estableció el Derecho de Acrecer. Entre los coherederos hubo causa muy distinta que entre los colegatarios. Ordena el Derecho Civil, que la parte repudiada ò no adquirida por un heredero se acrezca al otro, porque no se verifique el inconveniente, de que el Testador muera *partim testatus, & partim intestatus*. Y de aqui es, que si uno fuesse instituido heredero en la mitad de la herencia; v. gr. se le acrece la otra mitad, como ordena *Justiniano*, *dict. §. Hereditas, vers. Non autem instit. de hered. instit.*

90 Esta es la razon particular del Derecho de Acrecer entre los coherederos: Luego haviendo demostrado en el §. que no es

es absurdo, que uno muera en parte con testamento y en parte sin él; antes sí, es iniquidad notoria que contra la expresa voluntad del Testador se dé a el heredero la parte de herencia, que se dexò para los herederos legitimos, ù para otra persona; es preciso que no haya mas Derecho de *Acrecer* entre los coherederos, faltando el motivo en que estaba fundado. Y así, si *Ticio* fue solo instituido en una parte de herencia, el residuo de ella pertenece a los herederos legitimos: coligiendose que esta fue la voluntad del Testador, una vez que no dispuso de sus bienes, sino en aquella parte en que instituyó heredero a *Ticio*.

91 De aqui procede la falsificacion de aquella otra regla del Derecho Civil, de que no se puede instituir heredero desde cierto tiempo, ni hasta cierto tiempo. V. gr. de este modo. *Ticio* sea heredero desde el dia de San Juan en adelante, ò hasta San Juan, ò por cinco años, ù despues de cinco años, ù por el tiempo de su vida, segun el Text. expreso en el §. 10. *Instit. de Hered. instit. ibi: Hæres, & pure, & sub conditione institui potest: ex certo tempore, vel ad certum tempus non potest; veluti post quinquenium, quam morior, vel ex Kalendis illis, vel usque ad Kalendas illas hæres esto.* En cuyos

ca-

casos la institucion quedaba pura, absoluta y perpetua, como sino se la huviesse puesto limitacion por el Testador: *Denique diem adjectum haberi pro supervaquia placet; & perinde haberi, ac si purè hæres institutus esset*, profigue Justiniano en dicho §. Podrà encontrarse mas clara injusticia?

92 Todo esto se fundaba en las dos citadas reglas: *Nemo potest decedere partim testatus, & partim intestatus; & qui semel est hæres, nequit desinere esse hæres*, que viene à coincidir con la primera, y con aquel otro principio igualmente erroneo, que las Acciones directas por ningun medio pueden separarse de la persona del heredero. Luego quedando todas estas reglas convencidas como iniquas y faltas de razon, por consecuencia precisa resultan falsificadas essotras dos reglas subalternas del §. 10. de *Heredib. instit.* Y assi, el heredero instituido con limitacion de tiempo y de bienes, si hemos de seguir la razon y equidad, solo podrá gozar de aquella porcion de herencia, y por aquel tiempo limitado que el Testador quiso. Y si no, para què se dice que en los Testamentos, la regla que todo lo gobierna es la voluntad de el Testador, si con vanos y supersticiosos argumentos se desprecia, y limita à cada

da passo ? *Auth. de Nupt. cap. 2. vers. Disponat.*

93 En quanto al Derecho de acrecer entre los conjuntos *re, & verbis, ò re tantum* como explicamos arriba, sean coherederos legatarios, ù Fidei-Comisarios, es otro el motivo en que se funda. El qual consiste en una congetura levíssima; es à saber, que haviendo el testador juntado ò unido dos personas, para que concurren en la adquisicion de una sola alhaja, parece quiso que qualquiera de ellos la adquiriese toda, en caso de que el Compañero no aceptasse su parte. Por esta leve presumpcion de voluntad ordena el Derecho Civil, que la parte de el legado repudiada ù no adquirida acrezca al colegatario, segun los *text. cit.*

94 Mas yo comprehendo, que quando no concurren otras congeturas mas eficaces de la voluntad de el testador, la parte de el legado, fideicomisso, &c. repudiada, debe quedar en el heredero. Y la razon es, porque siendo el legado ù fideicomisso carga de la herencia, no se debe inducir nuevo gravamen para el heredero, sin una prueba y testimonio claro de la voluntad de el testador. Y de aqui

L

pro-

procede la otra regla de el Derecho, que en duda no se ha de presumir, que el testador quiera gravar à su heredero, por favorecer al legatario. *Leg. Stichus 36. de Usu, & Usufruct. legat. Leg. apud Julianum 40. §. Scio ex facto de Legat. 1.* con las concordantes. Luego no constando que el testador quisielle legar al conjunto la parte repudiada de el colegatario, fino por aquella dèbil congetura de legarles una misma cosa à entrambos, no hay razon para gravar al heredero que tiene à su favor la voluntad del testador expresa.

95 Lo segundo, con cuyo argumento se corta de raiz dicha congetura: ù el Testador que legò una misma cosa à dos legatarios, quiso legarla toda à cada uno, ù solamente se las legò por mitad? Si lo primero; luego al uno se debe entregar toda la alhaja y la estimación al otro, contra lo que dispone el Derecho Civil. Y si solo legò la mitad à cada uno; luego repudiando alguno su parte, cessa la voluntad del testador en orden aquel legado, y por consequencia debe quedar en el cuerpo de la herencia aquella parte legada: siendo principio constante de Derecho; que el legado que no tuvo efecto,

to , por la renunciacion , è incapacidad de el legatario , queda en la herencia à favor de el heredero. *Leg. Unic. §. 4. de Caduc. Toll.*

96 Cuyo argumento parece inevitable ; porque en qualquier legado , ò disposicion solo debemos admitir una sola voluntad uniforme en todos los casos , *arg. text. in leg. jam hoc jure 4. ff. de Vulg. Leg. Quamvis 4. C. de Impub. & aliis subst. Leg. in Testamento 6: C. de Testam. Milit.* de que nació la regla tan famosa , que una disposicion no puede juzgarse con diversidad de Derechos , ni una voluntad determinar con desigualdad varios casos : *Una determinatio nequit determinare diversimodè varia determinabilia.* Luego si la voluntad de el testador , en el caso de concurrir ambos colegatarios , fue legarles la mitad de la alhaja à cada uno y no todo el valor , esta misma disposicion y voluntad debe subsistir , quando alguno de ellos repudiasse su parte : à menos que por otro lado concurriessen conjeturas mas vehementes para inducir otra nueva especie de legado en dicha hypothesis. Porque à la verdad , legar la mitad sola de la alhaja en un caso à Ticio , y legar al mismo toda la alhaja en otro caso,

fo , son dos disposiciones y dos legados distintos : Luego no solo falta motivo justo para introducir el Derecho de acrecer en perjuicio del heredero , sì que se desvanece la distincion entre el Derecho de *Acrecer* y el de no *Decrecer* , tan vulgar entre los Legistas ; porque si el testador à cada uno de los *conjuntos re tantum* , solo legò la mitad de la cosa , yà es nueva la adquisicion de la parte repudiada ; y asì no entra el concepto de *retener* , y no *decrecer* ; y si à los dos *in solidum* legò la alhaja , se debe dár toda la estimacion de ella à cada legatario y no llegará el caso de acrecer , ò no decrecer , aunque el conjunto repudie.

97 Confirrase el argumento con la decilion del texto en la ley *Tales condiciones penultim. §. Item si Simphoro i. ff. de Condit. & Demonstr.* En que haviendose legado à Ticio un predio ò fundo con la condicion de dár ciento à *Simpboro* y *Januario* , muerto *Simpboro* , resuelve *Pomponio* , que dando à *Januario* la mitad de los ciento , podrá adquirir Ticio la mitad del fundo. Donde se advierte , que aunque el testador juntò en una oracion y cantidad à *Simpboro* y *Januario* , no tuvo el Juriscon-

sul

sulto esta union por suficiente congetura para establecer el Derecho de acrecer entre ambos: Luego siendo este solo el fundamento de el Derecho de acrecer entre los legatarios, herederos y Fidei-Comisarios conjuntos, debe tambien despreciarse.

98 Y no obsta que en la *Ley Thais* 41. §. *Stibicus servus* 14. ff. de *Fideicommissis*. libertat. decida el Jurisconsulto *Scevola*, que el Esclavo à quien se le dexò la libertad baxo la condicion de dár tantos ducados à la hija, y muger del Testador, debe entregarlos todos à la hija, apartandose la muger de la herencia; porque aqui concurren las particulares circunstancias de sangre y herencia en la hija, para deducir de la voluntad del Testador el Derecho de acrecer en perjuicio de un Esclavo, à quien se recompensaba con la libertad. Y asì venimos à concluir, que sin especiales congeturas no se debe admitir el Derecho de acrecer en perjuicio del heredero.

99 No es agena del intento la decision del Texto en la *Ley Si Mihi, & Titio* 110. ff. de *Verbor. Obligat.* Dice el Jurisconsulto *Pomponio*, que si alguien estipulasse para si y para *Ticio* ausente diez escudos, solamente

mente se deben cinco al estipulante, porque en orden à los otros cinco es inutil la estipulacion; respeto de que nadie puede adquirir para otro. Y si el ser juntos en una oracion y alhaja, fuese congetura de voluntad para el Derecho de Acrecer, deberia el estipulante adquirir accion à toda la cantidad. Luego no apareciendo motivo que distinga los contratos de las ultimas voluntades en este punto, siendo una misma la congetura y presumpcion, debemos en los Testamentos establecer lo mismo que en los contratos, sean lucrativos, sean onerosos.

100 Supuesto el Derecho de *Acrecer*, dudan los Autores si tiene lugar en los contratos onerosos? Y resuelven comunmente que sì; por el Texto en la *Ley Fundus ille ff. de Contrab. Empt.* donde se figura el caso de una venta echa à un Estipulante presente, y à *Ticio* ausente; y suponiendo, que la adicion de *Ticio* fue vana, por no estàr presente, resuelve el Jurisconsulto que la venta de toda la alhaja debe subsistir en el otro estipulante. Pero en esta especie concurren los mismos argumentos que entre los Legatarios contra el Derecho de acrecer. Demos, que fuese (acafo) distinto el motivo que

que el vendedor, ù otro contrayente pudo tener para enagenar la mitad de su alhaja al comprador ausente; por què se le ha de obligar à que la venda toda à otro, à quien solamente quiso vender una parte? Pues es regla del mismo Derecho Civil, que nadie puede ser precisado à vender sus bienes. *Leg. Invitum, Cod. de Contrab, Empt.* Lo otro, porque así como no subsiste la venta, quando una parte de la cosa no puede ser vendida, bien por descubrirse agena, bien por otro motivo vero. *Cons. 15. num. 14. V. 3.* así tambien no debe susistir, quando uno de los compradores aparece incapaz de entrar en ella. Y sobre todo, si al comprador, en el caso de dicha *Ley Fundus ille*, no se le puede obligar à la compra de todo el fundo, por igual razon no quedará obligado el vendedor à enagenarla toda.

§. VI.

Censura de la Regla Catoniana.

(101) **L**A regla Catoniana ordena que las disposiciones testamentarias nulas en su principio, no convalézcan posteriormente, aunque cesse el mo-

motivo de la nulidad ; *leg. 1. § tot. tit. de Regul. Caton.* Y à la primera vista se ofrece de contrario otro principio , no Civil, como el de Cato , sino natural y conocido de todas las Artes ; es à saber , que cesando la razon de qualquier prohibicion, cessa la prohibicion , como cessando la causa , cessa el efecto. Sobre el qual se refuelven en el Derecho Civil y Canonico varias dudas. *Leg. in omni , ff. de Adopt. Leg. Quod dudum , ff. de Pact. Leg. Si maritus, §. Scripsit ad leg. Julian. de Adulter. Leg. Adigere , §. Quamvis de Jnr. Patronat. cap. Cum cessante de Appellat. Cap. Etsi Christus de Jur. juran.*

102 Sempronio legò à Ticio, que al tiempo del testamento se hallaba incapaz, cierta alhaja : muriendo el testador , se encuentra yà capàz de adquirir el legado : por què, pues , no constando que el testador mudasse su voluntad , no ha de subsistir dicha disposicion ; mayormente si el testador legò con conocimiento de la incapacidad del legatario?

103 Yà oygo la comun respuesta , que la regla *Catoniana* se funda en aquel otro principio Civil que dice , que en qualquier acto deben para su validacion concurrir potestad y voluntad en el agente:
Luego

Luego las disposiciones nulas en su principio, no pueden posteriormente convaler, aunque posteriormente cesse la incapacidad. Porque en tal caso no llegan à concurrir juntamente dichos dos extremos; pues en el principio, aunque hubo voluntad, faltò el poder; y despues aunque hubo poder, faltò la voluntad en el testador. Este es todo el fundamento de la regla *Catoniana*; porque en èl està comprehendido el otro motivo de que el accidente de vivir el testador despues de su disposicion, no debe revalidar lo que no huviera tenido efecto, si muriera inmediatamente. Cuyas razones exorna Oroz. de *Apicib. Jur.* sobre la regla *Catoniana*.

104 Mas yo encuentro la injusticia de dicha regla en su mismo fundamento. Porque perseverando el Testador en su voluntad, una vez que no la mudò, vienen à verificarse al tiempo de la adquisicion los dos extremos de *capacidad y voluntad*, para que la disposicion tenga efecto.

105 Cuya verdad se acaba de convenir sin salir de la materia con una comparacion. La Regla *Catoniana* no pertenece à aquellos legados que ceden, y se deben al tiempo que se *ade*, ù se acepta la

M

he-

herencia por el heredero, *Leg. 3. de Regul. Ca-*
ton. De manera, que aunque no huviese ca-
 pacidad en el Legatario al tiempo del Tes-
 tamento, haviendola al tiempo de la
 adquisicion de la herencia, se tiene por va-
 lido el Legado, sin que sea necesaria nue-
 va declaracion de voluntad. Porque se pre-
 sume que no la mudò el Testador. Lo mis-
 mo digo de las disposiciones condicionales,
 à quienes no comprehende la prohibicion
 de la Regla Catoniana, *Leg. 4. Eod. tit.* Lue-
 go tampoco se requiere nueva expresion
 de voluntad en las demàs disposiciones tes-
 tamentarias, pues respecto del animo y vo-
 luntad del Testador, no hay por donde pue-
 dan distinguirse las disposiciones puras de
 las condicionales, ni las que ceden y
 producen Derecho al tiempo de la muerte
 de las que ceden al tiempo de la ad-
 quisicion de la herencia.

*** **



§. VII.

tiempo à la obligacion. Y si prometieffe dâr annualmente cierta cantidad por el tiempo de su vida, queda obligado perpetuamente, y podrá ser reconvenido pasado dicho termino : *Etsi stipuleris decem aureos annuos quoad vitam dare spondes? Et purè facta obligatio intelligitur, & perpetuatur.* Estas son las palabras del citado §.4. tit. 16. lib. 3. Instit. Quien creyera tales estravagancias si no se vieran y leyera? Pues estas son las delicadezas de los antiguos Jurisconsultos.

108. La observancia de los pactos no solo es conforme al Derecho Natural, si tambien muy recomendada del Civil: *Hujus edicti equitas naturalis est*, dice Ulpiano en la Ley 1. de Pact. Y profigue, *quid enim tam congruum fidei humane, quàm ea, quæ inter eos placuerunt, servare?* Còmo, pues siendo un pacto expreso el de los Textos citados, no permitian los Romanos que se observasse y obligasse? A què principio natural y politico, ù à què regla de honestidad se opone, que uno determine qualquier obligacion, ù contrato à cierto tiempo?

109. Responden los Juristas, ha Señor, que el tiempo no es modo de constituir, ni terminar las obligaciones. *Tempus non est modus constituendi, nec terminandi obligationem.*

Mas

Mas esto es incidir en el vicio que notan los Dialecticos que es *petere principium*, vel *respondere per questionem*. Cuyo defecto es muy frequente en las Leyes Civiles y entre los Legistas. Buscase el motivo de una Decision, y dan por razon lo mismo que deciden. Lo que yo pregunto es, por què no ha de subsistir una obligacion determinada à cierto tiempo? Y me responden, porque el tiempo no es modo de constituir, ni finalizar las obligaciones. Y si insto, pidiendo la razon, por què el tiempo no la constituye, ni finaliza, quando los contrayentes asì lo pactan, à esto ni se responde, ni se puede responder.

110. Demàs que en este punto se procede con notable equivocacion. Porque quien constituye y termina la obligacion en dichos casos, es el consentimiento de los contrayentes, no el tiempo: que una cosa es que el tiempo entre como qualidad ò aditamento del contrato, y otra que sea la causa eficiente y extintiva de la obligacion. Y à la manera que en la constitucion de las servidumbres permite el Derecho Civil que se pongan ciertos modos y qualidades, dict. Leg. 4. ff. de Servit. §. 1. ibi: *Modum adiici servitutibus posse, constat, se debe tam-*
bien

bien permitir la adición de tiempo. Para salvar la injusticia de que contra un pacto expreso se permita de mandar à los contrayentes, dispone el Derecho Civil, que en caso de pedirse la cosa estipulada antes ù despues de el dia assignado en el contrato, pueda el deudor repeler al demandante con la exepcion de dolo, como dice Papiniano en dicha Ley 4. ibi: *Sed tamen si hæc adiiciantur, facti, vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti.* Mas este es un rodeo impertinente è injusto. Lo uno, porque es contra la equidad natural permitir que alguno pida contra lo que expressamente capitulò: *Quid enim, tam congruum fidei humanæ, quàm ea, quæ inter eos placuerunt servare, dict. leg. 1. ff. de Pact.* Y està claro, que dicho demandante por su parte se opone à lo estipulado pidiendo en juicio. Luego queda en pie la injusticia. Y aun por esso (con inconseguencia) trata Papiniano de dolofo à semejante contrayente, y Scebola en la Ley Unica, ff. *Quando dies usufruct. legat. ced.* supone que pide mal el que demanda antes del dia estipulado, §. *Ultim.* ibi: *Quamvis alias qui ante diem agit, male agit.*

III Lo segundo, porque asì como el usufructo puede legarse *ex die, & in diem,*
leg.

leg. unic. §. 3. dict. tit. quando dies usuf. legat. cedit, ibi: Posse enim usufructum ex die legari, & in diem, constat; de suerte que no tenga accion el legatario antes de llegar el dia del legado, ibi: Denique Scæbola ait, agentem ante diem usufructus nihil facere, §. 4. dict. leg. unic. : Lo mismo debe decirse de las demás servidumbres, y obligaciones; no pudiendo señalarse entre unos y otros derechos razon sólida de diferencia.

112 Y lo ultimo, porque aprobando dichos contratos, y despreciando las vanas impertinencias del Derecho Civil, se evita el rodéo de inútiles demandas y excepciones. Y no se dará lugar à que entregando el deudor erroneamente, acaso, lo estipulado antes del tiempo prefinido, se le niegue la accion de recuperarlo, con el pretexto de que yà lo debia; que sería otra iniquidad no menos notoria de el Derecho Civil.



§. VIII.

Censura de la regla que dice, que el error en los nombres naturales y apellidos de las cosas, vicia el legado.

113 **P**Assemos à convencer la injusticia de otra regla civil, tan vana como las antecedentes. Dice Ulpiano en la ley *Si quis in fundi vocabulo* 4. *D. de legat. 1.* que si el testador errasse en el nombre de un fundo, llamandole *Corneliano*, en vez de *Semproniano*, vale el legado; pero si errasse en el nombre natural, llamando *vestido*, oro ò *plata* à otras especies de metales, creyendo que dichas especies se comprehenden, y significan con aquellos nombres, no vale el legado. Y la razon que dà consiste en que los nombres voluntariamente impuestos à las cosas, como llamarse *Corneliano*, ò *Semproniano* el predio, pueden alterarse al arbitrio del testador; mas los nombres naturales y apelativos, como llamarse el oro *oro*, el *vestido vestido*, &c. son inmutables. Cuya

ya distincion y resolucion figuen y defien-
den tenazmente los Civilistas.

114 Debe suponerse, que la resolu-
cion de el texto procede en el caso de que
conste el error del testador, y no se du-
dede la cosa que quiso comprehender en
el legado; porque si no constasse de la co-
sa legada, no cupiera duda, y el lega-
do seria inutil por el capitulo de incerti-
dumbre, que es especie distinta. Demàs,
que no constando suficientemente de la
materia del legado, fuera insulsa la dis-
tincion que hace el texto entre el error de
los nombres inmutables y voluntarios. Es-
to supuesto, arguyo asì:

115 Los nombres se inventaron para
significar las cosas, y para la inteligencia
de el comercio humano: luego siempre
que se entienda y conste de la voluntad
de el testador en orden à la cosa legada,
tenemos conseguido el fin, aunque erras-
se el testador en el nombre. Pues el lega-
do ù otra qualquier disposicion no con-
siste en las voces, sino en la voluntad: lue-
go siendo esta notoria, debe subsistir el le-
gado, no obstante el error de el nom-
bre.

116 Ni la razon de que los nombres
N de

de las cosas son inmutables, *rerum enim vocabula immutabilia sunt*, que dice Ulpiano en dicho texto, dexa de ser impertinente; porque lo que prueba es, que el testador no tenga facultad de alterar los nombres de las cosas; y que sin embargo de su error, deben conservar su nombre primitivo; pero esto què conduce para que el legado no valga, toda la vez que consta de su voluntad?

117 Demàs, que por essa regla tampoco valdria el legado, quando el testador errasse en el nombre de el legatario; porque tampoco està en su arbitrio alterar los nombres y apellidos de las personas: y una cosa es que los nombres de las cosas se hayan impuesto con autoridad publica, à diferencia de los nombres propios y apelativos de cada familia, y otra muy distinta, que respecto de el testador no sean tan inmutables unos, como otros, y que tanto error sea mudar los nombres y pronombres de las personas, como los de las cosas: luego si el error en el nombre del legatario no vicia el legado, por la misma razon el error en el nombre de la cosa legada, no debe viciarlo.

118 Y aqui es de notar, que havien-
do

do Justiniano en el §. 30. *Inst. de Legat.* definido, que el error en el nombre y apellidos del legatario no hacen inutil el legado, constando de la persona por otro qualquier modo; sobre la razon de que los nombres solo sirven para significar las cosas; no obstante, en quanto al error de la cosa legada, no innovò; confirmando con su silencio la injusticia de las leyes antiguas. Y este es otro de los muchos tropiezos que los Romanos pusieron à las ultimas voluntades, dando facil materia para pleytos.

§. IX.

Censura de el Texto en la Ley mortuo bobe 49. de legat. 2. en que se resuelve que muerto el buey legado, ni el cuero, ni la carne se deben al Legatario.

119 **F**amosa es la resolucion de el Jurisconsulto Paulo en la dicha Ley mortuo bobe 49. de leg. 2. el Texto dice *mortuo bobe qui legatus est, neque corium, neque caro debentur*; esto es, muriendo el buey legado, ni el cuero, ni la carne se deben al Legatario. Cuya resolucion del mismo mo-

do procede, siendo un buey legado, que si fueran ciento. La razon mas adecuada que se ha podido hallar à este Texto, consiste en que por la mutacion de la cosa legada, desde la linea de viviente à no viviente, perece el legado. Pero què este sea un fundamento vanissimo, y la Decission del Jurisconsulto notoriamente iniqua, qualquiera desapasionadamente lo conocerà.

120 Dexo aparte las varias comparaciones de la Isla legada y quemada, cuya parte residua, no obstante, se debe al Legatario. *Leg. Si grege 22. de leg. 1.* de la casa legada, y arruinada, cuya area, ò fue-lo tambien al Legatario se debe, y otras muchas que hacen dificil el Texto de Paulo; porque no ignoro la disparidad que los Civilistas dan entre unos y otros casos; negando mutacion intrinseca en la parte residua de la Isla y Casa legada: y solo voy à convencer de injusta la sentencia del Jurisconsulto Paulo con una consideracion que podrá ser muy util en otras muchas especies.

121 Todo el ser del legado pende de la voluntad del Testador: de fuerte que mientras esta no se muda, subsiste el legado, no habiendo incapacidad en la cosa legada, ù
en

en el Legatario. Este es un supuesto que no necesita prueba: luego aquella mutacion del legado que no altera la voluntad de el Testador, tampoco altera, ni extingue el legado. El que legò un buey à Sempronio, no solo quiso que usasse de èl siendo vivo, sì tambien que se aprovechasse de su cuero y carne, siendo muerto; porque se le legò para los usos regulares y naturales: y es notorio que vivo y muerto se usa y aprovecha un buey, ù otro ganado de la misma especie. Luego siendo esta la mente y el sentido natural del Testador, què importa que muera el buey; què importa que los Filósofos encuentren una mutacion substancial de uno à otro caso por razon de las formas, como sienten los Aristotelicos, ù de la varia conuinacion y contestura de las partes interiores, como quieren los modernos; què importa todo esto, si el Testador no tuvo presentes mas filosofias, ni tuvo otro fin que favorecer al Legatario con la utilidad del legado; cuyo aprovechamiento puede verificarse todavia en el cuero y carne del buey muerto? Luego no influyendo la mutacion del legado en la voluntad del Testador, antes bien, cumpliendose uno de sus fines en el caso que el buey muera, yà se vè que es im-

impertinente el fundamento que alegan los Jurisperitos, y es iniqua y opuesta à la mente del Testador la Decission de la *Ley mortuo bove* 49. de leg. 2. cuyo argumento procede igualmente en el caso de legarse una manada, ò ato copioso de ganado.

122 Con esta misma reflexion se destruyen otras varias resoluciones del Derecho Civil. Decide *Justiniano* en el §. 18. lib. 2. *Instit. de leg.* y el Jurisconsulto *Paulo* en la *Ley 1. de Pecul. leg.* que si se legasse à *Cayo* un Esclavo con su peculio (que viene à ser el dinero ò patrimonio que le entregò el dueño para administrar ù negociar) muerto el Esclavo , no se debe al Legatario el peculio. La razon consiste , segun los Civilistas , en que el peculio es accessorio al Esclavo : luego faltando este, que es lo principal, se estingue aquel. Y por esta regla, quando una casa se legò con sus adornos, una heredad con todos sus instrumentos y peltrechos , un cavallo con su jaèz ; muerto el cavallo , arruinada la casa, y destruida la heredad por algun terremoto , ù alluvion , ni el jaèz , ni el adorno , ni los instrumentos se deben al Legatario.

123 Empero todas estas resoluciones se oponen à la voluntad de el Testador expref-

preſſamente. Es verdad que en los caſos propueſtos hay cierta relacion y ſubordinacion entre el peculio, y el Eſclavo, entre los instrumentos y la heredad legada, y aſſi de los demás legados: en quanto por eſtilo comun ſe hallan deſtinados para el uſo y lucimiento de dichos bienes principales: mas eſta relacion ſolo ſirve para dicho fin uſual y para la inteligencia y comercio de los hombres; mas no para privar al Legatario de una alhaja que expreſſamente le donò el Teſtador. Porque de que lo principal de el legado falte, no ſe prueba que el Teſtador quiera privar al Legatario de lo menos principal; antes parece innegable que ſiendo ſu animo favorecer al Legatario con la parte principal y con ſu acceſſorio, quando no pueda verificarse en todo ſu voluntad, ſe verifique en parte, como perſuade la Regla del Derecho: *Ut quæ non valent modo, quo fiunt, valeant modo, quo valere poſſunt; & voluntas, quæ in totum non poteſt ſortiri ſuum effectum, ſorciatur in ea parte qua poſſit.*

124 Lo ſegundo, porque el Teſtador que lega una alhaja principal con todos ſus adornos y adherencias ſin poner vinculo, ni gravamen al Legatario, no intenta formar alguna union, ù dependencia inſeparable en-

entre lo accessorio y lo principal; antes bien dexa libertad al Legatario para que use de ello, y lo separe à su arbitrio, enagenando lo accessorio y reteniendo lo principal, ò al contrario. En fin, si al Testador no le moviò para dicho legado la relacion que hay entre estos dos extremos, y todo su intento fue favorecer al Legatario con uno y otro; porque de la extincion del uno, se ha de arguir mutacion en la voluntad del Testador? Y sino se arguye alteracion en la voluntad, como no ha de subsistir el legado en quanto al peculio, instrumentos rusticos, adornos de la casa, y el jaèz, ù aderezo del cavallo, aunque el Esclavo muera, la casa se arruine, y la heredad se destruya? Otra cosa fuera si el Testador despues del legado, manumitiesse el Esclavo, y enagenasse dichas alhajas principales; porque en tales casos mudando su voluntad en orden à ellas no debemos presumir, que quisiessse conservar el legado respecto de los accessorios. Finalmente para decirlo de una vez, los Romanos erraron creyendo que qualquier mutacion notable en la cosa legada extinguia el legado: sin advertir, que no mudandose tambien del Testador la voluntad, no puede haver en el legado mutacion.

§. X.

Son vanas las diferencias que el Derecho Romano establece entre los contratos nominados, è innominados.

125 **N**O menos vanas y contrarazon fueron las diferencias que el Derecho Romano establecia entre los contratos *inominados*, y los que tienen nombre particular, es à saber, *mutuo*, *deposito*, *comodato*, *prenda*, *venta*, *arrendamiento*, *sociedad*, *mandato*, y el de *estipulacion*, que es una solemnidad de palabras que sobre qualquier materia puede interponerse. Contratos *innominados* llaman aquellas convenciones, ò pactos simples que no tienen algun nombre conocido de los expuestos. Los quales se reducen à quatro especies, conviene à saber *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, & *facio ut facias*.

126 Primeramente determinò el Derecho Civil que semejantes convenios no obligassen eficazmente, ni produxessen accion. Guya rediculez è injusticia dexamos convencida en el §. 1. de este capitulo. Siendo contra principios naturales y de Jurispru-

prudencia que no se haya de observar un pacto serio y deliberado.

126 En segundo lugar determinò el Derecho Romano, que si alguno de los que convinieron cumpliesse por su parte, en tal caso pudiesse compeler al otro al cumplimiento. *Leg. Naturalis de Prescrip. verb. leg. 1. de Rer. Perm. Leg. Quoniam, Cod. Eod.* Empero le dexò la libertad de arrepentirse y repetir la cosa yà entregada *Leg. Si pecuniam, ff. de Cond. caus. dat.* Cuya resolucion visiblemente se opone à las Leyes de lo pactado. Demàs, de que parece culpable instabilidad, despues de executado el convenio, rescindirlo sin causa. Y asì atendiendo à esto nuestras Leyes, ordenaron que de qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse à otro quede obligado *Leg. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.* como diximos arriba. Luego con tan sabia providencia quedaron calificados los vanos escrúpulos è injusticias de el Derecho Civil en esta materia.

)(✠)(



§. XI.

§. XI.

Censura de las Leyes Civiles que prohiben la donacion entre el padre, y el hijo.

127 **L**A donacion entre el padre y el hijo por Derecho Civil, era invalida segun la opinion comun de los Legistas, la que se prueba de el Texto en la *Leg. 2. Cod. de Inof. Donat. Leg. Quas donationes, C. de Donat. inter. Leg. Cum de Bonis, C. de Donat. Leg. Si Donation. Cod. de Coll. Bonor. Leg. 1. §. Si Pater, ff. Pro Donat. Leg. Si Pomponius, ff. Familie hercisc. Leg. 4. Cod. Eod.* con otros. La razon consistia, en que adquiriendo el hijo para el padre lo que se le donaba en fuerza de la patria potestad, *Leg. Placet, ff. de Acquir. hered.* vendria el padre, si donasse algo al hijo, à ser en el mismo tiempo donante, y donatario. De suerte que no interviniendo en vida del padre tradicion de la cosa donada, ni aun con su muerte se confirmaba la donacion.

128 Cuya Decission se convence con el mismo fundamento de ella; porque la adquisicion del hijo al padre mediante la patria potestad, no se fundaba en alguna incapacidad intrinseca del hijo de Familias, como la del Esclavo; pues sabemos que los

hijos de Familias adquirian para si en ciertos casos, eran capaces de contraer, y tenian reputacion de personas en el Derecho Civil. *Leg. Filius fam. 39. ff. de Act. & Obligat.* Luego dicha adquisicion se hacia al padre por medio del hijo, como en premio y fruto de la potestad patria: luego debia ser voluntaria y no forzosa en el padre, por la regla natural de que el beneficio no se debe conferir con repugnancia del beneficiado. *Leg. Fin. Cod. Unde. Legit. Leg. Hoc Jure, §. Non potest. de Donat. Leg. Inviecto de Reg. Jur.* Luego siempre que el padre resista la adquisicion, y convenga en que el hijo adquiera lo que se le dona, cessa el efecto de la patria potestad. Pues, què mas convenir, que donarle el mismo padre? Y asì el Derecho Civil en esta parte anduvo tan supersticioso è injusto como en otras muchas.

129 Lo qual considerando nuestras Leyes mandaron en la 17. de Toro y 1. tit. 6. lib. 5. *Recopil.* que valgan semejantes donaciones de padre à hijo: con la diferencia de que si fuesse en el tercio de sus bienes, pueda revocarla, aora fuesse hecha en Testamento, aora fuesse entre vivos, si no se huviere entregado la posesion. Pero en-
tre-

tregada la cosa, ù la Escritura de la donacion entre vivos, si el contrato fuesse por causa onerosa, en tales casos no solo vale la donacion, si tambien queda irrevocable. Y esto procede sin distincion de que el hijo estè en la potestad, ù sea emancipado.

§. XII.

Son iniquas las Leyes Civiles, en que se ordena que no se pueda recobrar lo que se paga por error, sin deberse.

130 **N**O es menos iniqua la decision de Justiniano en el §. *Ex quibusdam 7. Inst. de Oblig. quæ ex quasi contract. nasc.* donde dispone, que en ciertas causas lo que se paga por error sin deberse, no se pueda recobrar. Y pone el exemplo en aquellos casos en que el reo que negò la deuda, siendo despues convicto, debe ser condenado al duplo. Lo qual tambien se verifica en el deposito miserable que se hace à causa de incendio, ruina, naufragio, &c. en los legados pios, en el daño hecho à otro en sus bienes, de que trata la ley Aquilia, en la cosa juzgada, en el que niega alguna firma,

ò escritura suya. En estos y otros casos procede la decission de Justiniano: porque en todos ellos, si el que negò deber fuesse despues convicto, debe ser condenado al doblo. Con cuya decission concuerdan el *Jurisc. Paulo lib. 1. Sentent. tit. 27. & lib. 2. tit. 17. §. 4. leg. 9. §. 2. ff. de Minoribus. Leg. 2. §. 1. Leg. Inde Neratius 23. §. Hac actio 10. ff. ad leg. Aquilianam Leg. 1. §. 1. & 4. Leg. de eo 18. ff. de Posit. Leg. 5. §. 2. de Servo corrupto, leg. Cumque 30. de Jure jurando, Leg. Item 20. §. Cum prædiximus 4. Leg. Si à Domino 36. §. 2. Leg. evicta 55. de Petie. heredit. Leg. non solum 13. cum seq. de rei vindic. Leg. Si fidejussor 29. §. In omnibus, ff. mandati, leg. Et putt 16. §. pen. cum leg. seq. Leg. heredes 25. §. Si in certo 17. ff. Familie Arciscunde, leg. alienus 62. ff. ad leg. Fals. leg. 10. §. 1. de Fidejussoribus, leg. 1. leg. 4. Cod. de Cond. in debiti, leg. 4. & 5. Cod. ad Leg. Aquilia §. Vi autem 19. cum seq. §. in duplum 23. §. Sed furti 26. Inst. de Actioni. §. 1. Inst. de Pœna temerè litig.*

131 Podrà haver resolucion que mas repugue à la ley natural? Dexo aparte que en el §. de la Inst. quibus modis re contr. oblig. lib. 3. se fienta una regla general contraria à esta decission, ordenandose que el que recibe lo indebido, queda obligado à la res-

restitucion; porque se me dirà que se limita en los casos particulares de dichas leyes. Empero yo replicarè, que no hay fundamento para tal limitacion. Justiniano en el citado §. no dà mas razon, que hallarlo afsi difinido por los antiguos: *Sic namque difinierunt veteres*. Que en tales errores incide quien por fee determina su assenso en materias indiferentes. No obstante Barthulo, y otros insignes Jurisperitos inventaron varios modos de defender la iniquidad de este texto. Dixo *Bartulo* que el que entregaba à otro una alhaja, creyendo erroneamente haverse la dado en deposito, celebraba cierta especie de transaccion con el demandante; esto es, le entregaba la alhaja que no debia, por el riesgo de no ser condenado al dobro, si acaso fuese convicto. Cuya solucion sigue *Pedro Gregorio lib. 22. Syntagmatum cap. 16. num. 4.*

132 Pero quien no vè que es mas ridicula la solucion de Barthulo, que la decision de Justiniano. Lo primero, porque el texto supone que la entrega de lo indebido procede como paga, no como transaccion, ibi: *Solutum sit*. Y este es el animo, y error del solvente en el caso de Justiniano. Lo segundo, porque no hay transaccion,

cion, quando todo lo que se pide se paga. *Leg. transactio* 38. *Cod. de Transact. ubi signanter Donelus, y Valeron de Transact. tit. 1. quest. 7. num. 1.* Y lo tercero, que donde no hay duda probable, no hay transaccion; y dichas leyes suponen el caso tan fuera de duda, que dan por sentado, y notorio el error del que pagò no debiendo.

133 Donelo *lib. 14. Comment. cap. 15.* defiende el texto de Justiniano diciendo, que en tales casos el que erroneamente paga, confiesa la deuda; y como el confesso *pro judicato habetur*, esto es, se reputa condenado por sentencia judicial, no puede repetir una vez que paga, *leg. 1. Cod. de Cond. indeb.* Por otro rumbo, Cujacio en la *ley 4. Cod. de Cond. indeb.* dice, que el que en tales causas paga por error lo que no debe, se entiende donarlo.

134 Pero una, y otra solucion se convencen inevitablemente; porque con error è ignorancia es incompatible confesion, y animo de donar, como prueba tambien Ulpiano en la *Ley 2. ff. de Confess.* y el *cap. ultim. extra eod. tit.* con la *ley 1. ff. de Cond. indeb.* *ibi: Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere, solvit, cessat repetitio.* Retes

tes de *Donat. cap. 8.* Lo segundo, porque aun en duda, no se presume que nadie quiera donar. *Leg. si filius 7. de Donat. leg. cum indebitè 25. V. Si vero, ff. de Prob. Barbof. axiom. 75. num. 2.* Y lo tercero, porque si se tiene por confesso, ù por donante al que erroneamente paga en tales casos, por la misma razon en qualquier causa se le deberá negar la repetición: puesto que el error es el mismo de parte del solvente, y la regla y el principio de que el confesso no pueda repetir, es general en todos casos. *Leg. 1. de Confess. Suarez ad legem post rem jud. notabili 3. num. 2.*

135 Se dirà acafo, que el que afsi paga, yerra en el derecho, y el que con tal error paga, se tiene por confesso como dice exprellamente Ulpiano en la citada ley 2. de *Confess. ibi: Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit.* Pero prescindiendo de que esta doctrina es peligrosa, porque no hay razon para castigar tan cruelmente un error, tratandose de *damno evitando*, mayormente en quien no professa Jurisprudencia; es falso notoriamente que el error de que habla nuestro texto sea error de derecho; porque quien entrega una alhaja, creyendo tenerla en deposito, solo yerra en el

P

he-

hecho , de haverse depositado en èl lo que no se depositò ; y es claro que el que tal cosa se depositasse , ò no , no es punto de derecho ; así como no yerra en derecho el que posee una cosa , creyendo que se la vendieron , ù donaron.

136 De todo lo qual se concluye, que es iniquo , è impracticable el texto de Justiniano y las demás leyes civiles, que coinciden en èl. Siendo contra toda equidad y precepto Christiano , que alguien retenga lo que no se le debió , ni donò , lucrándose con daño conocido de tercero. *Leg. juri naturæ 206. ff. de Reg. Jur. Leg. Nam hoc 14. ff. de Cond. indeb. Cap. Locupletari de Regul. Jur. lib. 6. segun resuelve Papin. in leg. 7. ff. de Jur. & fact. ign. ibi: Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum verò petentibus non nocet.* Y en la 8. del mismo tit. ibi: *Ceterum in omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet.* Por cuya evidente razon se convence de iniqua la decision de el Emperador Diocleciano in leg. *Cum quis 10. C. de Jur. & Fact. ignorant.* en que ordena, que no se pueda recobrar lo que se paga con error de derecho , aunque sea indebido : *Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio.*

§. XIII.

En las disposiciones condicionales Testamentarias, se debe admitir la misma transmission que en los contratos.

137 **T**ambien establecieron los Romanos como regla y maxima fundamental, que si el legatario muriese pendiente la condicion del legado, sus herederos no tengan accion para pedirlo, aunque posteriormente la condicion se verifique. *Leg. 4. & 5. §. 2. quando dies legat.* dando la razon de que no puede transmitirse à los herederos lo que el legatario todavia no tenia adquirido. Cuya decision se opone sin duda derechamente à la voluntad del testador, y aun à otros principios de derecho.

138 Lo primero, porque la intencion del testador en qualquier legado y disposicion perpetua es favorecer, no solo al legatario, sino à sus herederos y sucesores: à diferencia de el legado que se dexa hasta cierto tiempo, ù por la vida de el legatario, como acontece en el usufructo legado, §. *Finitus 3. Inst. Leg. 2. tit. 5.* Pues asi como estos ultimos legados, por ser

personales, no pasan à los herederos, por la razon contraria los legados perpetuos, y no personales siempre deben transmitirse, mediante la voluntad del testador, que quiso estender la utilidad del legado à los herederos y sucesores del legatario. De otro modo, sería preciso confesar que todos los legados son personales, y por consecuencia que muriendo el legatario, deberían terminar, como acontece en los derechos personales.

139 Lo segundo, porque en los contratos muerto el contrayente pendiente la condicion, passa à los herederos, fino la accion que todavia no ha nacido, aquel derecho futuro contingente que llaman los Juristas *Spes debitum iuri. Leg. Si quis 57. de Verb. Obligat.* Por què, pues, no debe decirse lo mismo en las disposiciones testamentarias condicionales? pues en quanto al defecto de accion ambos casos son iguales, estando en ambos suspenso la accion, ù impedido su nacimiento mientras la condicion no se verifica. Luego si este fuese el motivo en los legados, tampoco en los contratos condicionados se admitiria transmision. Y sin embargo, no obsta dicho motivo, porque lo que se transfiriere,

fiere, no es la accion, ni el dominio, sino el derecho contingente, à la esperanza de adquirir, vetificandose la condicion
Text. in §. Ex conditionali Inst. de Verborum obligationibus.

140 Ni la disparidad que comunmente se dà entre los contratos y legados, sobre que estos se dexan puramente por los meritos personales del legatario *Leg. Nec adjecit, ff. pro socio, ibi: Nec adjecit Sabinus hereditatem, vel legatum, vel donationis mortis causa, sive non mortis causa, fortassis hoc ideò quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accidunt;* y en aquellos procede lo contrario, pues el que contrae, no solo para si, sino para sus sucesores contrae.
Leg. In quantitates 3. §. 1. ad L. Falcid.

141 Mas esta disparidad, sobre ser falsa, queda convencida con la razon que expusimos en el numer. 138. Porque de que los meritos personales del Legatario sean los que promuevan la voluntad del Testador, no se arguye que su voluntad se termine puramente à la persona del Legatario; pues à ser asì, el legado se extinguiria con su muerte como sucede en el usufructo y otros derechos personales. Luego la voluntad del Testador se dirige, median-
 te

te los meritos del Legatario , à favorecerle, y juntamente à sus herederos y successores. Luego en el caso que el Legatario muriese pendiente la condicion del legado , debe el Derecho futuro, ù la esperanza de conseguirlo transferirse à sus herederos , de el mismo modo que en los contratos condicionados. Y por estos mismos fundamentos debiera transmitirse tambien la herencia que se dexò baxo de condicion , si el heredero muriese antes de verificarse, como siente la *Glossa* contra la comun opinion en la *Ley Iscui sub condicione* , ff. de *Actionibus* , & *obligationib.* Otra cosa fuera si el Legatario , ù heredero muriese en vida del Testador.

S. XIV.

No hay justo motivo para reprobar las disposiciones que se llaman Captatorias.

142 **L**AS disposiciones Captatorias se reprueban por el Derecho Civil en varios textos , especialmente en la *L. Captatorie* ff. *delegat.* 1. que dice assi: *Captatoria scripturæ simili modo , neque in hæreditatibus , nec in legatis valent.* Pero qual sea disposicion Captatoria , no explican facilmente los

los Autores comunmente se entiende ser Captatoria aquella disposicion que se confiere à voluntad agena, como si se dixesse, *lego à Ticio ciento, si quisiere Mevio*. En cuyo sentido carece de todo fundamento esta Sentencia del Derecho Romano. Lo primero porque la mente del Testador en semejantes disposiciones, asì como puede dirigirse à captar la voluntad agena, puede tambien mirar à la correspondencia de algun beneficio ò favor recibido de aquel tercero, queriendo gratificarle por este medio. Luego sin fundamento se reprueba dicha voluntad. Lo segundo, porque dèmos que el intento del Testador sea grangear la voluntad agena con este arbitrio: acaso se opone à lo honesto, ni à otra regla de moralidad ò razon esta negociacion? En la politica mas fina no se encuentra medio mas decoroso de captar ò adquirir voluntades, que el favor, la fineza y el beneficio.

143 Hay suma diferencia entre promover, ò necessitar los afectos. Lo primero es lícito, honesto y aun indispensable en el comercio de los hombres; asì como es reprehensible el despego odioso entre racionales. Lo segundo no està permitido; porque fuera abrir puerta à la violencia, ò al

al fraude : luego arguyendose solo de tales disposiciones que se confieren en arbitrio de otro , ser medio officioso y atento de provocar la voluntad para igual favor, no pissa semejante arbitrio los limites de lo honesto y de lo racional. Y assi carecen de todo fundamento los textos que coartan las ultimas voluntades en este punto , quales son la *Ley Non numquam* , ff. de *Condit. & demost.* y otras.

144 Algunos entienden las disposiciones Captatorias en sentido mas rigoroso , como mo si se dixera : *Instituyo à Ticio heredero en aquella parte de herencia que èl me instituyesse heredero.* Cuyo arbitrio se termina sin duda à negociar la herencia de tercero. En lo que parece concurre algo mas de razon para re-probar semejantes disposiciones. Pero no obstante , considerado el punto no veo que se oponga à principios semejante condicion. Porque si puede este mismo Testador instituir à Ticio heredero baxo de qualquier condicion , hasta imponerle el gravamen de que se desaproprie de sus bienes ù convirtiendo los en los usos que le prevenga, §. 10. *Instit. de Hered. Inst.* por què no ha de poder instituirle heredero baxo la condicion de que reciprocamente le instituya?

Di-

145 Diràse que mèdia el inconveniente, de que Ticio en el caso propuesto con esse alicitivo se moverà facilmente à instituir dicho Testador por su heredero : en cuyo caso no es dificil el fraude, de que este, conseguido el intento, reboque el Testamento è instituya à otro. Mas esta es una sospecha muy remota è inverisimil, no concurriendo otras congeturas. Y por esta regla vendrian à tierra casi todas las Leyes positivas, no haviendo alguna que no estè expuesta à uno, ù otro fraude. Por cuya razon la necesidad persuade que se establezcan sobre los casos mas frequentes y regulares, no cuidando de los meramente contingentes, *Leg. 3. ff. de Legibus, & S. C.* Demàs que el reparo à dicho fraude se viene à los ojos, con que Ticio instituya à Sempronio con la misma condicion : y asì se consigue, que si Sempronio v. gr. revoca el Testamento, por el mismo hecho dexa de ser heredero de Ticio: luego no haviendo razon grave para cohartar con tanto rigor las voluntades, no se deben reprobar las disposiciones que vulgarmente se llaman Captatorias : mayormente despues que nuestras Leyes han dispensado estos escrùpulos, per-

mi-

Q

mitiendo se cometa à ageno arbitrio la faccion del Testamento la *Ley 31. Tauri.*

§. XV.

Carecen de fundamento las Leyes Civiles que prohiben al Legatario renunciar el legado condicional , pendiente la condicion.

146 **Y** Què dirèmos de la disposicion de la *Ley si ita scriptum 43. §. 1. delegat. 2.* en que se prohibe al Legatario renunciar el legado que se le dexò baxo de cierta condicion ò tiempo , antes que el tiempo venga , y la condicion se verifique ? *Si sub conditione , vel ex die certa nobis legatum sit , ante conditionem , vel diem certum repudiare non possumus.* La razon que dà el Texto es , porque antes del dia, ò condicion no se adquiere el Legado. Cuyo fundamento se reconoce quan vano es. Lo primero ; porque para renunciar un Derecho basta que podamos adquirirle ; pues semejante renunciacion solo se entiende del Derecho Contingente. Lo segundo , porque sobre el Fideicomisso condicional pue-

puede el Fidei-Commissario transigir, como expressamente lo decide el Texto en la Ley 1. Cod. de Pact. ibi: *Conditionis in certum non iniquis rationibus conventionem finitum est, &c.* Y es innegable, que puede ser materia de la renunciacion aquel Derecho que tiene entidad bastante para ser transigido.

§. XVI.

Examen critico sobre la famosissima materia de las cosas individuales; y se refutan varias

Leyes Civiles como iniquas.

147 **L**A materia de las cosas individuales es una de las mas delicadas y nobles de la Jurisprudencia. Y por ser tal, los Autores la han tratado con increhible confusion; y lo que es mas, casi no se encuentre regla y presupuesto de aquellos que en qualquier materia se fientan como incontrovertibles pautas de todo el Tratado. Porque no se prescribe regla para conocer las cosas individuales que no admita facil contradiccion, como se puede reconocer en Mantica, Castillo, Contrano, Pedro Gregorio, Pichardo, Sarmiento, Carleval, Donelo, Parladorio, Gomez, y otros

infinitos que la examinan con prolixos Comentarios.

148 Es verdad que en este punto son mas culpados los Autores que el Derecho Romano en la confusion y sin razones que han introducido y defendido; dando à las Leyes Civiles varios sentidos violentos è iniquos. Aunque tambien debe confesarse que el derecho Romano contiene algunas resoluciones injustas en la materia presente.

149 Yo pretendo en breves reglas dár un Conocimiento claro y adecuado de las cosas que en el Derecho se reputan individuales: para que à su vista se reconozca quan confusa è injustamente se explicaron los Autores, y las Leyes Romanas.

150 Debe suponerse que el sentido con que en la Jurisprudencia se difinen las cosas individuales, es diverso de aquel en que proceden los Filósofos quando tratan de las cosas indivisibles. El Jurisperito solo averigua el concepto de lo dividuo, ù individuo, para los efectos de el comercio humano, è inteligencia de los contratos y disposiciones de los hombres. El Logico y Methafísico solo pretende penetrar lo indivisible ù divisible de las cosas en sí mismas.

De

De que proviene , que muchas cosas en si son divisibles componiendose de partes realmente distintas ; y en el Derecho se reputan individuales. Cuyo exemplo tenemos en un edificio ; cavallo , &c. como trataremos luego ; y aun puede verificarse esto mismo en cosas todavia mas divisibles como en las que consisten en numero : las quales no solo carecen de identidad en sus partes para ser en si indivisibles , si tambien de union. Y al contrario , hay varias cosas indivisibles para el Filosofo, que para el Jurisconsulto son divisibles por razon de sus efectos , que es lo que se debe atender en el Derecho. Quales sean unas y otras vamos à explicar en breves reglas.

REGLA PRIMERA.

151 **L**AS cosas que en sus efectos no admiten division natural , en el derecho se reputan individuales, como acontece en la servidumbre de *Iter*, cuyo uso consiste precisamente en transitar por el campo ageno ; y ya se ve que este exercicio por si solo no admite mas , ni menos grados. Dixe por si solo y en abstracto ; porque de modo puede constituirse

se

Se esta servidumbre, que sea divisible, como mostraré en su lugar. Y así dixo bellamente el Jurisconsulto Paulo en la Ley 2. §. 1. de *Verb. Obligat.* que estas cosas por naturaleza no admiten division, ibi: *Ut in iis quæ natura non admittunt divisionem, veluti cum iter, viam, & actum stipulamur.* Lo mismo dixo Ulpiano en la ley 72. del dicho tit. ibi: *Stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt, veluti, viæ itineris, actus, aquæductus, ceterarumque servitutum.* Bien que en esto ultimo es falsa la resolution de Ulpiano, como probarémos despues.

REGLA SEGUNDA.

152 **A** Quellas cosas que en sí y en sus efectos admiten division natural, se reputan individuales en el derecho, quando la division de ellas se opone à la mente de los contrayentes, y de el testador; porque su intencion fue que se entregassen integras y no por partes; ù quando aunque en sí sean divisibles, no se usan, ni aprovechan por partes en el comercio humano, como se experimenta en un cavallo, un hombre, una estatua, vaso, un edificio, &c. Y así debe entenderse Paulo en la

la dicha ley 2. §. 4. ibi: *Quedam partis dationem in natura recipiunt; sed nisi tota dentur, stipulationi satis non fit; veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam si Stichus pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est.* Afirmando lo mismo Ulpiano en dicha ley 72. con aquellas palabras: *Idem puto, & si quid faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi, vel fosam fodiri, vel insulam fabricari; vel operas, vel quid his simile. Horum enim divisio corrumpit stipulationem.* Luego aquellas cosas son divisibles en el derecho, que en sus usos y efectos admiten division, y demás de esto se acostumbran usar y entregar por partes, no resistiendolo la mente del contrato ò disposicion.

REGLA TERCERA.

153. **U**NA misma cosa divisible para un efecto y respecto de una persona, puede ser indivisible respecto de otra persona y para distinto efecto. La razon consiste en que lo divisible ò indivisible en las cosas que admiten division material, se toma de la mente de los contrayentes y estilo del comercio humano,

CO-

como sentè en la regla segunda. Luego puede , segun la inteligencia de los contratos, y disposiciones , ser una cosa divisible è indivisible al mismo tiempo en el Derecho, con diversos respetos. Cuya verdad se hará sensible en la question siguiente. En fuerza de estas tres conclusiones , pretendo resolver qualquier duda , evitando la confusion è injusticia de las Leyes Civiles.

154 Dudase lo primero , si el contrato que se celebra sobre las cosas que consisten en peso , numero , ò medida , es individuo ? Y aqui encuentro yo una notable equivocacion en los Autores ; porque suelen confundir los sentidos, respecto de quienes se llaman dividuas , ò individuos las cosas. Respondo , pues, que respecto del deudor principal es individua qualquier obligacion , aunque recayga sobre las cosas tan divisibles como las expresas. La razon se deduce de la regla segunda , en que diximos que las cosas divisibles en si , se reputan individuos , segun la mente de los contrayentes; y como se presume que qualquier acreedor trata sobre el supuesto de que se le ha de satisfacer integro , y no por partes su credito , *Leg. Tutor §. Lucius, ff. de Usur. L. Fistulas §. Qui fundum de Contr. Empt. de*

de que nació la opinion comun , que el acreedor no puede ser precisado à recibir la deuda en menudas pagas ; figuese que las obligaciones de las cosas que consisten en numero , peso , y medida son individas respecto de el deudor , aunque para otros efectos tambien juridicos sean divisibles ; es à saber, respecto de los herederos de el mismo deudor , segun la regla tercera. Porque succediendo estos en el lugar del testador , segun sus porciones hereditarias *Leg. 2. & per tot. Cod. de Hered. act. L. Si uxor, Cod. de Bon. Auth. Jud. Poss.* están solo obligados à satisfacer las cargas cada qual segun su parte. Por cuya razon el *text. en la Ley Si stipulatus sum mihi de Solut.* donde se resuelve , que el que debe diez, pagando cinco , se liberta en aquella parte y solo debe los cinco restantes , *ibi: Qui decem debet, partem solvendo, in parte obligationis liberatur, & reliqua quinque sola in obligatione remanent,* debe entenderse condescendiendo el acreedor. Y de otra manera es iniquo y opuesto à la intencion de los contrayentes.

155 Atendiendo à la misma regla segunda , se convence de injusta la resolucion del Jurisconsulto *Ulpiano* en la citada *Ley Si stipulatus sum 2. en el vers. Item qui stipulatus sum 2.*

R chum

cum debet, parte Stichi data, in reliquam partem tenetur: qui autem hominem debet, partem Stichi dando, nihilominus hominem debere non desinit: denique homo adhuc ab eo peti potest. Distingue Ulpiano entre el que debe un esclavo en particular, v. g. *Sticho*, ò un esclavo en general. En el primer caso resuelve que cabe solución parcial; de modo que dando el deudor una parte de *Sticho*, queda en aquella parte libre de la obligación. Al contrario (dice) si diese una parte del mismo esclavo, ni en aquella parte satisface la obligación, si lo que debía era un esclavo en general. Puede excogitarse distinción mas ridicula, è impropria, no digo de un Jurisconsulto, sino de un hombre de talento? Porque si el que debe un hombre, no satisface de manera alguna; dando alguna parte de él, por la razón de que una parte de el hombre no es hombre; tampoco una parte de *Ticio* ò *Sticho* es *Sticho*, ni *Ticio*. Siendo esta la diferencia entre las partes omogeneas y etherogeneas, que aquellas son de la misma especie que el todo, como qualquier parte de agua es agua, de oro es oro, &c. Y estas al contrario, divididas no retienen el nombre de su todo etherogeneo, como las partes de un

un hombre no son hombre, las de una casa no son casa, y así de otras semejantes.

156 Lo segundo, porque según sentamos en la regla segunda, aquellas cosas que en el comercio humano no se usan por partes, son individuales en el derecho: no siendo creíble que los contrayentes convengan en recibir las cosas, de manera que no puedan aprovecharse de ellas. Por lo que dixo *Ulpiano* en la citada ley 72. de *Verb. Obli. barum enim rerum divisio stipulationem corrumpit*. Cuya razón fundamental dà el Jurisconsulto *Cayo* en la ley 79. §. *Quædam ad L. Falc.* Por la razón contraria se admite la solución parcial, quando no lo contradice la mente del testador, y contrayentes. Como si el testador legasse à dos un esclavo, ò una casa; ò si la comprassen muchos juntamente; pues en tales casos cabe solución por partes; no de suerte que se separen y dividan, sino para que los compradores ò acquirentes puedan transigirse, reteniendo uno toda la alhaja, y satisfaciendo al otro en dinero, ò en otra especie su parte. Y así, con sola la inteligencia de la segunda regla, quedan disueltas dichas cuestiones, y dudas.

157 Dudase tambien si las servidumbres son cosas individuales? Y se resuelve comunmente segun expresas Leyes Civiles, que son individuales las rusticas y urbanas; aunque de las servidumbres mixtas, como el usufructo, se diga lo contrario. Los Textos son expresos en la *Ley Vie de Serv.* ibi: *Quia usus eorum individus est.* La *Ley Stipulationes*, ff. de Verb. Obligat. ibi: *Stipulationes non dividuntur earum rerum quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris actus, aqueductus, ceterarumque servitutum.* La *Ley Si quis duas*, §. *Si quis partem*, ff. Comm. divid. ibi: *Quia per partes servitus dividi non potest.* La *Ley Fin. de Servit. leg.* ibi: *Quiam partem non recipit.* y otros.

158 La razon que se dà es, porque siendo las servidumbres derechos incorporables, no pueden tener partes. Pero este error infunde en lo que notamos al principio; porque una cosa es que las servidumbres en si mismas sean incorporeas è individuales, cuya investigacion toca al Filósofo; y otra, que no puedan ser divisibles respecto de sus usos y comodidades; cuyo examen es propio del Jurisperito. Demàs, que si el ser incorporeales arguyera ser individuales, tambien fuera individuo el usufructo; pues tambien se numera entre las cosas incorporeales, como

no especie de servidumbre. Y así se define:

Est jus utendi, & fruendi, salva rerum substantia.

Luego à todas las servidumbres con el usufruto; y lo que mas es, todas las obligaciones y derechos deben ser individuos, siendo todos incorporales; ù no lo han de ser las servidumbres por este solo concepto. Y así distinguiendo dichos dos respetos, se prueba evidentemente ser falsa en general la Regla, de que las servidumbres todas sean individuales: habiendo muchas, cuyos usos y comodidades admiten division de partes y grados en la extension.

159 Por este motivo, para distinguir las servidumbres que son individuales, de las que admiten division, debe atenderse al uso y comodidad de ellas: y si en este caben partes y grados serán divisibles, así para su adquisicion, como para su uso, y extincion; mientras no lo resista la mente de los contrayentes. Lo uno, porque lo que en el Derecho se examina son los efectos de las cosas, para entender y facilitar el comercio de los hombres: luego si en los efectos cabe division, tales servidumbres serán divisibles. Y lo segundo, porque para calificar el usufructo, y à otros derechos de divisibles, no se dà mas razon que serlo en sus efectos.

efectos y comodidades ; pues en quanto al Derecho incorporal en que consiste, es de la misma especie que las demás servidumbres, como hemos notado. Por què pues las servidumbres. *Aquæ exhauriendæ, calcis coquendæ, arenam fodiendi*, y otras semejantes, cuya comodidad admite grados y partes, no han de decirse divisibles como el usufructo? Pues así como los frutos admiten division y restriccion, la admiten tambien los usos y utilidades de aquellas servidumbres y otras: pudiendo constituirse infinitas sobre qualquier assumpto en que se verifique la paciencia del serviente y comodidad de el dominante.

160 Y si se responde, que aunque el uso de la servidumbre admita extension y moderacion, no por esso la servidumbre se divide ; repondré lo primero, que mediante esta distincion tambien podia decirse que el usufructo queda individuo, aunque su comodidad sea divisible. Y lo segundo, que concediendo que las servidumbres son divisibles en quanto à la comodidad y exercicio tenemos el intento : porque esta es la consideracion propia del Jurisperito; y con este respeto trata de ellas la Jurisprudencia. Dexando à los Filósofos la question de

de si consideradas en abstracto y en quanto son incorporales puedan admitir division.

161 Con cuyos argumentos se convence que la servidumbre de *uso* es tambien divisible contra el *Text. en la Ley Usus pars. de Usu, & habit.* Porque consistiendo la utilidad de dicha servidumbre en los frutos que necesita el usuario para su necesidad y manutencion, cabiendo en esto tanta distincion como se ve, por que no ha de decirse dividido? Quien duda, pues, que la necesidad tiene sus grados? Demàs, que si en los alimentos cabe division, por que no en el *uso*, que no es otra cosa en realidad, que un legado de alimentos sobre los frutos de esta ò otra alhaja? Despreciando la distincion vana, y nominal de si los alimentos se legan con quota determinada ò como especie de servidumbre; porque apurando los terminos vendrèmos à dar en una question futil, ò de voz.

162 Pongamos el caso de que la servidumbre *aqua haustu* se constituya de modo que el agua haya de sacarse de dos fuentes, ò de dos pozos de la heredad del vecino, para regar y fecundar el campo del dominante: en lo qual consiste el uso, comodidad, y ser de dicha servidumbre, en
es-

esta hypotesi, dividida dicha heredad y receptaculos de agua entre dos herederos, vè aqui un caso preciso, en que la servidumbre *aquæ haustus* es divisible en su constitucion, uso y extincion. De fuerte que la comodidad que el predio dominante percibe de uno de los predios servientes, es diversa è inconexa, respeto de la de el otro predio, siendo una misma la servidumbre.

163 Pongase el mismo exemplo en la servidumbre *arenam fodiendi ex fundo alieno*, que es un derecho de sacar arena, tierra, ò piedra del campo vecino, para utilidad del propio; y se verà, que admitiendo distincion en los lugares de donde ha de extraerse la piedra ò la arena, preciso es que dicha servidumbre sea dividua en quanto à su uso y extincion. Pues cabe despues de constituida, que respecto de una parte se modere el uso, conservandose en las otras, como expressamente lo dixo el Jurisconsulto Paulo en la *Ley pomum 8. §. 1. de Servitutib.* proponiendo el caso de que el dominante adquiera una parte del predio serviente. En cuya hypotesi se extingue la servidumbre, respecto de aquella parte, conservandose en las restantes: *Si prædium tuum mihi serviat*, dice el Texto: *Sive ego partis prædii tui dominus esse cœ-*
pe-

pero, *sive tu mei, per partes servitus retinetur*, aunque prosigue falsamente: *Licet ab initio per partes adquiriri non poterit*. Puesto que si las servidumbres fueran individuales, como suponen, no se encontraran partes en ellas, para conservarse y extinguirse.

164 Mas perceptible es todavia el argumento en la servidumbre *pecoris pascendi*; Cuyo uso consiste en apacentar el ganado propio en el Campo del vecino. Porque componiendose este de muchos Prados, divididos estos entre distintos dueños y sucesores, claro es que dicha servidumbre será divisible, no solo para constituirse, si tambien para conservarse y aun para extinguirse.

165 Las mismas Leyes Civiles producen argumento demostrativo, de que las servidumbres que parecen mas indivisibles, como son, *Via, Iter, Actus*, (que consisten en la facultad de transitar por el campo ageno à pie, à cavallo, ù con carro) pueden constituirse de manera que sean divisibles. Pongase el caso, de que se conceda à Ticio la facultad de poder transitar por qualquier parte de mi heredad à la suya; supongase que esta se divida despues entre muchos dueños; que uno de ellos use de la dicha

S

fa-

facultad, y otro no: En esta hypotesi dice el Jurisconsulto Celso en la *Ley nam satis* 6. §. 1. ff. *Quemadm. Serv.* que se extingue la servidumbre, respecto del que no usa de ella, y se conserva respecto del otro predio. Y lo mismo resuelve, y aun con menos duda, quando el predio serviente se dividiera entre muchos dueños: Si ego via, quæ nobis per vicini fundum debebatur, usus fuero, tu autem constituto tempore cessaveris: an jus tuum amisseris? Et è contrario, si vicinus cui via per nostrum fundum debebatur, per meam partem ierit egerit, tuam partem ingresus non fuerit, an partem tuam liveraverit. Celsus respondit: Si divisus est fundus inter socios regionibus: Quod ad servitutem attinet, quæ ei fundo debebatur, perinde esse, atque si ab initio duobus fundis debita sit: Et sibi quisque dominorum usurpat servitutem, sibi non utendo deperdit: nec amplius in ea re causæ eorum fundorum miscentur. Nec fit ulla injuria ei, cujus fundus servit; immò si quo melior: quoniam alter dominorum, utendo, tibi, non toti fundo, proficit. Sed si is fundus, qui servierit ita divisus est, plusculum dubitationis ea res habet. Luego dichas servidumbres son divisibles. Porque siendo individuales, no admitieran semejante division en los casos pre-

su-

supuestos : siendo así, que la cosa que en su constitucion es indivisible , no se hace divisible posteriormente en su continuacion y extincion.

166 Si se responde , que en casos tales se multiplican las servidumbres, y no se dividen ; compitiendo accion *in solidum* à qualquier de los dueños de el fundo dominante , como dice Ulpiano en la *Ley corpus* 4. §. *Si fundus* 3. ff. *Si Serv. vind.* replico lo primero , que es falsa la multiplicacion de la servidumbre , quando el fundo dominante se divide ; puesto que sin consentimiento de el serviente fuera notorio agravio multiplicar su gravamen. Lo segundo , porque lo mismo diriamos en el usufructo y otros derechos en caso semejante. Lo tercero , porque es solucion divinatoria que reduce la question à terminos inútiles y de nombre ; pues importa poco , que se llamen dos servidumbres, ò una dividida en dos partes , una vez que la comodidad y uso se dividen baxo las mismas reglas, que el usufructo y otros derechos divisibles. Y en fin , porque el Texto de Ulpiano no prueba que las servidumbres se multipliquen , si solo que la accion *in solidum* competa à qualquiera de los dueños ; lo qual es cosa muy

distinta , como luego veremos. Demás , que habla de un predio en el uso indiviso.

167 Preguntase, si los *hechos* deben numerarse entre las cosas individuales ? Respondo segun las reglas propuestas , que en el Derecho se reputan individuales , quando assi se colige de la mente de los contrayentes , y quando el uso comun y comercio lo tienen establecido. Porque si hablamos de los hechos tomados en si y físicamente , todos son divisibles , siendo hechos materiales y sensibles. Por cuya razon , conviniendo los contrayentes y el testador , en que una accion se execute en sola una parte , no hay motivo justo que lo prohiba. Y assi , causa admiracion ver que los Autores resuelvan , que no pueden los hechos prometerse , ni deducirse en los contratos , sino *in solidum* , como dice Antonio Gom. *Var. cap. 10. de Indiv. num. 25. tom. 2.* por què quien quita , que el testador mande à su heredero , ù que yo por ciertos fines convenga con Ticio en fabricar un edificio , y hacer otra cosa , hasta cierta parte , ù proporcion , de fuerte que la dexe incompleta ? Siendo assi , que dicho contrato y disposicion no se opone al Derecho publico , al natural , ni al privado ;

ma-

mayormente, siendo tan varios y obscuros los fines de los hombres.

168 Este error comun se funda, en que los Autores confunden la divilibilidad natural de las cosas, cuya investigacion es agena del Jurisperito, con la que proviene *ab extrinseco*, segun los estilos del comercio humano, y mente de los que contraen: cuya ultima causa es la que constituye regularmente à los hechos individuos: luego cessando esta, pueden dividirse y executarse con aquella distincion de partes que les diò naturaleza.

169 De esta regla, que es la segunda por nosotros propuesta, nace que el obligado à hacer un edificio, debe hacerlo perfecto, y con toda su forma. De suerte, que si hiciesse una parte de èl, aunque sin culpa dexasse de perficionarlo, no satisface la obligacion, aun en aquella parte. *Leg. Si ita stipulatus 14. Leg. Et ideò 15. de Verb. Obli. Leg. 72. eod. tit. Leg. 79. §. Quædam ad Leg. Falc. ibi: Sed si opus, municipibus hæres facere jussus est, individuum videtur legatum. Neque enim ullum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quæ ex consummatione contingit, non dederit.*

De

170 De la misma doctrina se infiere, que el comprador que vendió la alhaja con el pacto de *retro vendendo*, no puede redimir parte de ella, sino toda entera. Ni el consanguíneo puede redimirla en parte, mediante el retracto que la ley le concede, aunque la casa admita división. Porque la mente de los contraentes no lo permite; y por lo mismo, faltando alguna condición del contrato, no hay obligación de cumplirlo en lo restante. Y de aquí es, que vencida por otro una parte de la cosa vendida, puede el comprador reconvenir de evicción al vendedor por el valor de toda la alhaja, cesando todo el contrato. *Leg. 1. ff. de Evict.*

171 Pero qué diremos finalmente, de la obligación de los herederos, sobre entregar las cosas individuales? porque en las divisibles, es claro que solo están obligados según sus porciones hereditarias. Es sentir común, y expresa decisión del Derecho Civil, que cada uno de los herederos está *in solidum* obligado à entregar la cosa que debía el testador. *Leg. 11. §. pen. de leg. 3. ibi: Unumquemque heredum in solidum teneri :: ergo & in statua, & in servitute, ceterisque quæ divisionem non recipiunt, D. Marcus rescrip-*

cripsit. L. 4. §. Sed etsi duorum 4. ff. Si servit. vind. y otras infinitas que prueban lo mismo.

172 Pero à mi vèr esta decision se opone à todos los principios de derecho y equidad. De derecho porque ningun coheredero puede por sì solo constituir servidumbre sobre un predio indiviso, no siendo dueño privativo de èl: Ni en parte puede, porque se supone individua la servidumbre. Luego de ningun modo puede constituir la, ni adquirirla *in solidum*. Y asì lo determina exprestamente Ulpiano en la citada ley 4. §. 3. ibi: *Quamvis per unum (ex sociis) adquiri servitus non possit*; y en la Ley *unus ex sociis de Serv. rust. præd.* ibi: *Unus ex sociis fundi communis permittendo jus esse ire, agere, nihil agit*. Luego còmo ha de estàr obligado un heredero por sì solo, si por sì solo no puede constituir los derechos individos?

173 Demàs, que es doctrina sentada, y deducida de el texto en la ley *Sapè ff. de Re jud.* que la sentencia dada contra uno de los coherederos, no daña al otro que no fue citado, oído y vencido. Porque siendo igualmente interesados, deben igualmente concurrir à la constitucion y defen-

fensa de los derechos : y de otro modo, po-
 dria qualquier de los herederos que no fuesse
 citado, decir de nulidad. Mas si todos fues-
 sen convoncidos en juicio , podrá qual-
 quiera de ellos constituir la servidumbre
 à nombre de los demás , ù el Juez podrá
 hacerlo. Luego la obligacion de cada uno
 de los herederos , solamente los compele à
 que estèn prompts ; y quando mas , à
 prestar su paciencia por lo que à cada uno
 toca : De suerte , que confirmada la con-
 titucion del derecho individuo por los de-
 más coherederos , con el ultimo consen-
 timiento quedará constituida. Que es abso-
 lutamente la resolucion mas equitativa que
 se halla entre los Jurisconsultos en la *Ley*
Per fundum 11. ff. de Serv. rust. ibi : *Per fun-*
dum qui plurium est jus mihi esse eundi , potest se-
paratim cedi. Ergo subtili ratione, non aliter meum
fiet jus, quàm si omnes cedent : & novissima de-
mum cessione superiores omnes confirmabuntur.
Benignius tamen dicetur , & antèquam novissi-
mus cesserit , eos qui antea cesserunt vetare , uti
cesso jure non posse.

174 De aqui se colige , que es noto-
 riamente iniqua la resolucion del texto en
 la *Ley* 4. §. Cato, ff. de Verb. Oblig. donde se
resuelve, que si el testador contraxo una
 obli-

obligacion sobre cosa individua, baxo de cierta pena, contraviniendo uno de los herederos à la obligacion, resultan obligados los demás coherederos cada uno *in solidum*. Lo qual se opone, no solo à la razon, sino à la equidad christiana. Lo uno, porque aun en las obligaciones individuales solo estàn obligados los herederos, segun sus porciones hereditarias, como acabamos de probar. Y lo otro, porque no hay por donde justificar, que del delito y contravencion de uno, resulte obligacion en otro: debiendo el delincuente satisfacer toda la pena, segun Leyes Naturales y Civiles, dexando indemne al que no concurriò en la culpa. Porque arguir, *la materia es individua: luego si un heredero contravino, se entiende haver contravenido todos*, ibi: *Quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodam modo factum videtur*, que es el argumento que propone el Jurisconsulto en dicha ley; es consecuencia tan absurda, que en un Logico principiante fuera reprehensible. Pues para hacer participes à todos los herederos de la culpa cometida por uno, debiera entre ellos suponer Caton (à quien se adscribe dicho texto) la indivisibilidad, que supone en la materia: en cuya hypo-

T

tesi

tesi, sobre ser el supuesto falso, probaria el argumento mas de lo que intentaba Catón: porque habiendo identidad entre los agentes, todos deberian ser partícipes de la operacion ù del delito perpetrado por uno de ellos, aunque la materia fuese divisible: luego lo indivisible, ù lo divisible de la materia es circunstancia impertinente para el punto de si por la contravencion de uno de los coherederos resultan obligados todos *in solidum* à la pena.

175 En vista de los errores convencidos, no es difícil mostrar tambien la falsedad de aquel otro principio tan recibido y frecuente en varios assumptos nobilísimos de la Jurisprudencia: Es à saber, que el uso y possession de una parte ò de un derecho, preserva la possession y facultad de todos los demás que penden de una misma causa. Sobre cuyo fundamento el Señor Salg. en el cap. II. de la 3.ª part. de Reg. Proct. por todo el, defiende la possession de la Corona de España en orden à todas las Dignidades, Beneficios y piezas Eclesiásticas del Real Patronato, aunque en ellas no haya presentado el Rey; solo porque en otros muchos beneficios tiene el uso y possession. Luego dependiendo el derecho de presentacion en todos de una cau-

causa universal è individua, yà sea la conquista, yà la fundacion y dotacion de las Iglesias de España, yà los Privilegios Apostolicos, entre ellos el especialissimo de el *Papa Adriano VI.* infiere el Señor Salgado, que el uso de qualquier de dichos Beneficios, preserva la posseesion de todos.

176 El mismo argumento procede en otro Patrono de qualquier Iglesia; quien por la presentacion de alguno de sus Beneficios, sienten comunmente los Autores, que conserva la posseesion, y patronato de los demás.

177 Sobre este mismo principio corre la opinion comun de que el uso del Privilegio en una parte, preserva la posseesion en el todo, y que el Señor de Vassallos con el uso de alguna regalia conserva todas las que nacen de la misma causa del Señorío, y Jurisdiccion. Y en fin, de esta regla deducen à cada passo los Autores varias consecuencias, y conclusiones innumerables, que no refiero particularmente, porque para exemplo y declaracion de la regla comunissima bastan los casos citados y otros que podrán verse en Anton. Thomat. decis. 41. num. 19. y 20. Joan. Faber. leg. 1. Cod. de Bon. Mater. Barbof. in Leg. Cum Notissimi. 6. §.

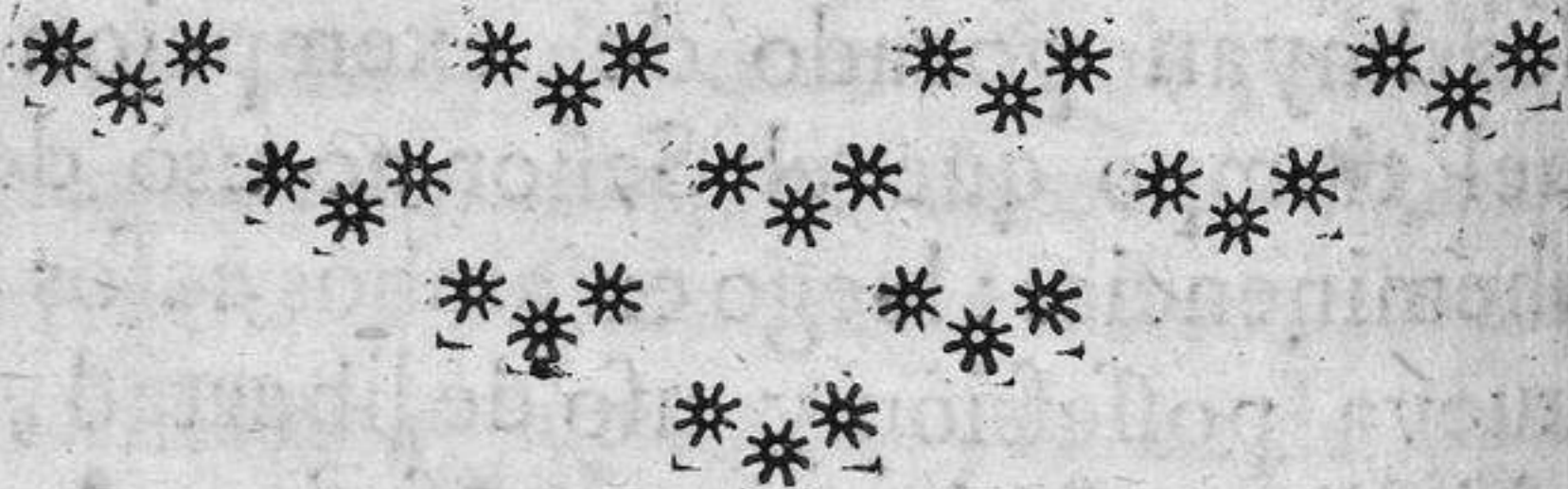
Fin. Cod. de prescrip. trigint. Surd. consil. 429. n. 42. lib. 3. Posth. de Manut. observat. 18. num. 38. & observat. 73. num. 131. Gravet. de Antiquit. Temp. part. 4. cap. absolutio 31. y muchos mas que cita el Señor Salgado en dicho capitulo.

178 Pero si yo no me engaño, el principio propuesto va fundado sobre el error notado en la regla primera de este parrafo. Porque lo divisible, ò indivisible de las cosas, solo ha de mirarse y calificarse por sus efectos en la Jurisprudencia, à distincion del Filosofo, que examina las cosas indivisibles en si mismas. Cuya advertencia no puede dexarse de la vista para no incidir facilmente en infinitos errores. Sea asì que el Derecho de presentar à varios Beneficios, el de usar de varias regalías y semejantes dependan de una sola causa ò titulo. Mas pregunto, aunque el titulo en si mismo sea uno, los objetos en que ha de ejercitarse, no son distintos? Què connexion tiene la presentacion de un Beneficio con la de otro? Què, el uso de una regalía con el goze de otra? Por què, si los frutos y utilidades de estos derechos son distintos y separados, se ha de llamar individua la causa que los produce? Llamarase la causa ù el principio uno, ò porque fue

fue una la Escritura en que se concedieron, ò porque es uno el sujeto en quien residen. Pero esta unidad es material y accidental, una vez que los efectos y aprovechamientos sean diversos, como probamos arriba, y se convence con esta nueva consideracion. Puede el Patrono, reteniendo la presentacion de un Beneficio, enagenar ò renunciar los demás? Puede el Señor de Vassallos, reteniendo una regalia, ceder ò enagenar las otras? Nadie lo duda. Luego el uso de estos derechos no es individuo en quanto à la enagenacion y prescripcion: luego la possession de el uno no puede ser possession y conservacion de los demás.

179 Si el Patrono, ò el Señor en los casos propuestos dexassen de usar; este de alguna regalia, y aquel del derecho de Patronato sobre tal Beneficio; preciso es, ò que algun tercero se introduzca en la possession de aquella parte, ò que el Beneficio quede libre de presentacion, y que los Vassallos hayan gozado de exempcion por aquel tiempo que el Señor no usò de sus preheminencias: luego en ambos casos, con la nueva possession y uso de libertad, quedará indispensablemente prescrito el derecho.

cho de patronato, y la regalia. Porque no se puede encontrar medio entre no usar de algun derecho, y hallarse otro en su possession ò en su libertad. Y si se dice, que el no usar en aquella parte del Patronato y regalia es facultativo; este yà es punto muy diverso, de que no habla la conclusion comun que vamos impugnando. Porque si es facultativo el derecho, que sea divisible, que sea indivisible, no se puede prescribir por otra razon legal. Advirtiendole de passo, que es punto muy pocas veces entendido, què derechos ù actos sean verdaderamente facultativos. Bastanos aora saber, que quando los derechos en quanto à sus usos son divisibles, la possession de uno no preserva la de los otros; siendo compatible, que usando de alguno de ellos, se enagenen y prescriban los demàs.



§. XVII.

Errores Gentilicos del Derecho Civil, sobre la condicion non nubendi, y suicidio; esto es, homicidio de si mismo.

180 **M**AS lo que sin rubor no puede decirse es, que entre Autores Catholicos se defienda aún todavía la decission del texto en la *Ley Quoties 22. ff. de Cond. & Demonstr.* y otras muchas, que dan por nula la condicion *Si non nupserit*, puesta à la muger heredera, ù legataria. El fundamento que tuvieron los Romanos para reprobar como torpe esta condicion, fue muy contrario à lo que nos enseñan los Preceptos Christianos. Los Romanos castigaban rigurosamente el Celibato y Castidad, provocando por varios medios y favores al matrimonio *Leg. 1. C. de Infirm. Pœn. Celib.* Y no por respeto, y veneracion que tuvieron al Sacramento, que no conocian, ni por reprobar esta condicion como opuesta precisamente à este contrato venerable, sino llevados de una profana politica, que los conduxo à establecer por ley general la reprobacion de la citada condicion.

No-

181 Nosotros, pues, alumbrados de la Fè, hemos de creer, que el conservar el estado de la Castidad ù Celibato es cosa reprehensible y digna de las penas que en su odio estableció el Derecho Romano? No, nos dice San Pablo: (que merece mas fee infinitamente que todas las Leyes Civiles juntas) *Qui matrimonio (habla el Santo à los de Corincho cap.7.) jungit virginem suam benè facit, & qui non jungit, melius facit.* Lo que dista el Cielo de la tierra, se distingue un estado del otro: *Nuptiae terram implent, virginitas Paradysum. Cap. Nuptiae 32. q.1.*

182 El Sagrado Concilio de Trento en la *session 24. Can. 10.* anathematizó al que dixesse que el estado del Celibato no era mas perfecto que el del matrimonio y que este se debia anteponer à aquel: *Si quis dixerit statum conjugalem anteponendum esse statui virginitatis, vel celibatus, & non esse melius, ac beatius manere in virginitate, ac coelibatu, quàm jungi matrimonio, anathema sit.* Luego no puede arguirse de torpe una condicion que inmediatamente influye y conduce à un estado mas perfecto y mas proximo à la vida contemplativa y santa: *Mulier innupta, & virgo cogitat quæ Domini sunt, ut*

ut sit sancta ex corpore, & spiritu. Apost. dict. cap.

183 Mas esto se entiende, hablando de la condicion *non nubendi*, tomada en sí misma, y en quanto precisamente se dirige à que el legatario, ò heredero se mantenga sin casarse; que es lo mismo formalmente que conservar la castidad, ò permanecer en el estado de celibato. Porque *ab extrinseco* bien puede suceder que la condicion sea torpe, si al testador verbi gr. le movió algun odio, ò averfion al matrimonio: en cuyo caso *per accidens* se dirà yà torpe. Mas: Deberà probar esta iniqua causa quien contradice la condicion. Lo primero, porque es fundamento de su intencion *Leg. Actor. & Leg. Frustra, C. de Probat.* Y lo segundo, porque no solo es este accidente, sino accidente muy inverosimil entre Catholicos. Luego la presumpcion de derecho està à favor de la condicion, y por consequencia la prueba incumbirà al contrario. *Leg. 2. & Leg. Verius, ff. de Probat.*

184 En favor de este dictamen, y contra el error comun, se pueden ver al Cardenal de Luca de *Fideicomm. lib. 10. discurs. 44. n. 17. y siguientes*; y finalmente al num. 19.

¶ 21. ibi : *Quod in dubio melior, & honestus finis præsumi debet, non autem aliud irrationabile motivum, quod sine alio fine honesto sapere videtur speciem bestialitatis.* Y el Oliva de Foro Eccles. 1. part. q. 43. per tot. singularmente num. 7. ¶ 10. afirma, que es impio, y no muy lexos de heregia, sustentar, que à las virgines no se pueda alentar con premios à la perseverancia en aquel estado: *Ac per consequens (concluye el Oliva) citate Leges Juriconsultorum advertentes à cœlibatu sustineri non possunt in Republica Christiana.*

185 Otro de los errores del Gentilismo fue el delyrio de los Filósofos Stoycos, que tenian por licito, y aun plausible el suicidio, ù proprio homicidio, no executandose por miedo de la pena, sino por tédio, ù otro sentimiento natural; pues este error detestable quedò cubierto entre las Leyes Romanas, que se veneran, y explican en las Univerlidades, como se lee en la Ley 11. §. 3. ff. de his, qui notantur infamia, y en la 3. §. 4. y 5. ff. de Bonis eorum; y mas exprellamente en la Ley 6. §. 7. ff. de Injusto rupto, ibi : *Quod si quis tédio vite, vel valetudinis adverse impatientiam, vel jactationis, ut quidam Philosophi, in ea causa sunt, ut testamenta eorum valeant.* Quam distinctionem
in

in militis quoque testamento Divus Adrianus dedit Epistola ad Pomponium Falconem: Ut si quidem ob conscientiam delicti militaris mori maluit, irritum sit ejus testamentum; quod si tedio vite, vel dolore, valere testamentum; aut si intestatus decessit cognatis, aut si non sint, legioni ita sint vindicanda. Tan detestable es el error de las Leyes Civiles, que provocan à la venganza, y aun castigan al heredero, que no vengò la muerte del testador.

186 Dexo otros textos, que notaron Alciato, y otros en el Derecho Civil, que hablan ignominiosamente de nuestra Religion, y de los Christianos. Los quales, aunque algunos benignamente los quieran interpretar en mejor sentido, con todo, sabèn mucho al Gentilismo.

187 Quien creerà, que en fuerza de la censura particular que hemos hecho en este capitulo, de veinte, ò treinta principios subalternos, viene à tierra mas de la tercera parte de las Pandectas? No me fuera dificultoso continuar la crisis por infinitos puntos mas; pero para exemplo, y demostracion sensible de los errores que contiene el Derecho Civil, basta lo dicho. Bien que si los Jurisperitos, desechando sus preocupaciones (que no espero) se

pusiessen de parte de la razon, apreciando mas restablecer en su antigua pureza la Jurisprudencia, que mantener tercamente sus errores: si lograssse tanto, proseguiria la censura particular por todas las materias de el Derecho, hasta formar en varios tomos un Theatro Critico Universal de la verdadera Jurisprudencia. Passo pues, à probar mi assumpto en el capitulo siguiente con otro argumento, no menos substancial, y mas perceptible.

CAPITULO IV.

*EN EL DERECHO CIVIL SOBRA
la mayor parte de sus Leyes, y falta lo mas
precioso de la Jurisprudencia.*

188 **O**Tros dos puntos restan por examinar, lo que sobra y lo que falta en el Derecho Civil. Sobra à mi vèr la mayor parte, y falta lo mas precioso. Y empezando por lo que sobra, què cosa mas inutil y aun fastidiosa, que todas las Maximas y Leyes Civiles que tratan de las fervidumbres de los Esclavos? Sabido es que entre Christianos no conocemos aquellas diferencias y castas de Esclavos que tra-

trata el Derecho Romano: luego todos los textos que explican y determinan las causas de constituir las servidumbres los modos con que los Esclavos se manumiten; esto es, adquieren la libertad; el de aquellos Cautivos que se restituían à la Patria, (que se llama Derecho de Posliminio) y la otra ficcion, mediante la qual se discurria haver muerto el Esclavo en el instante antecedente à la cautividad (de cuyo caso trataba la Ley Cornelia) todo este embrollo que aora sirve solamente de confundir los cerebros de los principiantes, debia desterrarse de la Jurisprudencia Theorica. Y quantos textos de el Digesto y Codice se emplean en descifrar estos puntos antiquados? Quantas Leyes de *Justiniano* se ocupan en el examen de lo que los Esclavos adquieren para sus Dueños? Sobre si adquieren para el propietario, ù para el fructuario? Sobre si el legado, la herencia, el fideicomisso se dexò al Esclavo con libertad expressa, ò tacita? Sobre si el Esclavo ha de ser tutor de este modo, ù de el otro? Què cabilosidades no inventaron los Jurisconsultos antiguos acerca de los Esclavos de la herencia jacente, y otras mil vagatelas? sobre aquellos que tenian concedida la liber-

bertad para cierto tiempo, (que se llaman *Statuliberos*) quantos Textos de las Pandectas se emplean en el examen de los Libertos y en su Patronato?

189 Una gran parte del Derecho Civil se ocupa en la decision de dichos casos; y oy de què firven? Tal qual Esclavo que tenemos se sujeta à otras Leyes mas moderadas y christianas. Y la experiencia nos avisa de esta inutilidad. Què pleytos, ò causas se ven pendientes oy sobre tales puntos? Raro, ò ninguno. Pues para què se ha de gastar tiempo en Leyes inutilis, y acaso llenas de escrupulosidades è impertinencias? Dispuso el Derecho Civil, que el Esclavo instituido heredero por su dueño sin la expresion de que fuesse libre, ni fuera libre, ni heredero; quedando nulo el Testamento. Lo mismo ordena en el caso de que al Esclavo dexasse el dueño un legado, ò fideicomitlo sin expresion de la libertad. Derogò *Justiniano* la primera parte; fundado en que la institucion de heredero lleva embevida la libertad, siendo imposible ser heredero sin ser libre: pero dexò en su vigor el segundo caso del legado. Aqui se ve lo primero, quan contra razon negaba el Derecho antiguo la libertad al Esclavo inf-

instituido; y se ve lo segundo, quan supersticioso anduvo *Justiniano* en no establecer acerca del legado, lo mismo que determinò acerca de la institucion de heredero. Siendo innegable que assi el legado como la herencia, piden antecedentemente la libertad: con que por la regla, de que aquel que quiere el conseqüiente quiere el antecedente, en que se fundò *Justiniano*, debia haver ordenado en uno y otro caso lo mismo.

190. ¿Qué papel hace en la Jurisprudencia todo el título de las Adopciones, y Adrogaciones de el Derecho Comun? ¿Qué fruto sacan de ello los principiantes, sino llenarse de cabilaciones, y escrúpulos impertinentes. En los títulos de la Tutela, y Curaduria de los menores, y pupilos, quanto hay de sobra? El Tratado de Nupcias, ¿qué utilidad nos trae? Aca solembutir à muchos, inadvertidos de los errores y supersticiones, que los Romanos defendian, y executaban en sus Matrimonios.

191. Aquella varahunda de las formulas, y modos de Testamentos y Legados con que se aturden los visos, no fuera mejor passarla por alto, y emplear esse tiempo en puntos utiles y necessarios dentro de la materia de Testamentos? Lo mismo digo de

de varios escrúpulos que andan esparcidos sobre las legítimas de los hijos y formulas con que se instituían. Sobre tales puntos, qué pleytos se oyen en los Tribunales? Yo ni he visto, ni oído que se haya movido cuestión alguna sobre tales escrúpulosidades.

192 Pues quien no se reirá à el ver en el Derecho los escrúpulos con que se introduxeron y continuaron los Fideicomissos. Y el Tratado de Pactos que ocupa una parte considerable del Derecho Civil, de qué nos sirve? Tan lejos està de dár luz este Tratado à los Legistas, que el fruto será imbuirlos de mil iniquidades y supersticiones como dexamos convencido en el capitulo antecedente. §. 1. Esto es algo de lo mucho que sobra en el Derecho Civil.

193 Lo que falta es nada menos que lo mas substancial, y mas preciso de la Jurisprudencia. Qué se lee en el cuerpo de las Pandectas, sobre las competencias de Jurisdiccion y demás recursos de Fuerza? En el Digesto nada, ni es posible; porque los antiguos Jurisconsultos estuvieron muy distantes de nuestra Religion, para que tratáran de estas materias. Y aunque muchos de los Emperadores fueron Catholicos, no obstante las Leyes del Código sirven poco pa-

para el conocimiento de dichos recursos; que sin duda componen la parte mas critica y delicada de la Jurisprudencia. Verdad es que el nuevo establecimiento de los Reynos y Principados Catholicos ha traído consigo tantas nuevas especies y questiones; pero esto mismo convence que faltan en el Derecho de Justiniano.

194 De usuras, cambios, y censos tenemos en el Derecho Civil ò muy poco, ò nada. Los Censos, que oy son materia tan frequente en los Tribunales, no fueron conocidos en el Derecho antiguo; porque fueron inventados muy posteriormente. Algunos señalan à los Españoles y Alemanes por inventores de este nuevo contrato. Y aunque en las Pandectas se lee el nombre de Censos, eran de casta muy diferente; porque alli se toman comunmente por cierta especie de Tributos Reales.

195 De Regalias nos enseña muy poco el Derecho antiguo. Porque el titulo de *Regalibus* se ingirió en el Derecho Civil despues que se apareció en Italia. Demàs de ser limitado à aquellas Provincias sobre las pretensiones y derechos de los Emperadores de Alemania. Y la causa consiste en que muchas de las cosas que entonces eran

comunes , oy están incorporadas al Patrimonio Real ; y así son nuevas las cuestiones que cada día se suscitan. Asimismo la materia de retractos , en el estado que oy se examinan , no la alcanzó el Derecho antiguo. Lo mismo digo de los lucros ó bienes gananciales que son establecimientos del Derecho Real.

196 A cerca de créditos , y deudas se extendió mucho el Derecho Romano ; pero el Tratado de Execuciones , que es el mas frecuente , y difícil sobre la cobranza de los debitos , y asimismo el de las excepciones capaces de suspender la acción executiva ; ni uno , ni otro conoció la Jurisprudencia antigua : à reserva del modo de proceder en dichos juicios , que se tomó de la Ley *A Divo Pio , ff. de Re judicata*. Pues qué diremos de los Tributos , y Derechos Reales , como Alcavalas , Cientos , y Millones ? De esso no hay la menor Ley para inteligencia de lo que oy se practica. Gran parte de el Derecho Romano se emplea en disponer de las legítimas de los hijos , y sucesiones intestadas ; pero lo primero , casi todo está derogado por Leyes de España. Qué sabe un puro Civilista de las mejoras de tercio , y quinto de

de que trata el Derecho Real? Ni una coma. Y en orden à las fuccesiones intestadas? Tambien estos derechos se hallan notablemente alterados por nuestras Leyes, especialmente respecto de los hijos expu-
reos, y naturales.

197 Y què dirèmos de la materia de Mayorazgos? De fideicomissos (que en algo se assemejan à los Mayorazgos) trata difusamente el Derecho Civil; pero nada, ò muy poco en orden à las fuccesiones, y llamamientos: porque los mas textos se ocupan en explicar las formulas, y escrupulosidades de los fideicomissos. De modo, que se puede decir, que para el conocimiento de los Mayorazgos de España casi nada sirve el Derecho Romano. Y nadie ignora quan noble, frequente, y dificultoso sea este Tratado. Los puntos de Patronatos, Capellanias de Legos, y otros semejantes, son propios del Derecho Nuevo. Lo mismo digo en quanto à las renunci-
cias, sobre que recaen tan bellas, è intrin-
cadas questiones.

198 La proteccion inmediata, y el Patronato Real son dos piezas de las mas ilustres del Derecho. Y què entiende de esto un Legista, que acaba de salir de las

Universidades? Las voces le parecen peregrinas de la Jurisprudencia.

199 De los juicios de Tenuta, de Mil y quinientas, ù de segunda suplicacion de el recurso de injusticia notoria, y otros infinitos puntos, que componen una parte muy hermosa, y critica de la Jurisprudencia, saben tanto los Legistas de Universidad, como los Medicos. Porque aun los prácticos tienen muy limitadas noticias de los recursos de injusticia notoria. En cuya consideracion tengo escrito un *Tratado Critico-Latino, sobre los Recursos de notoria injusticia*, que darè à la estampa muy en breve. Y en fin, se encuentra en el Derecho Romano alguna luz sobre la materia, y pleytos de hidalguia?

200 No me detengo mas en ponderar tanto como hay superfluo en el Derecho Civil, y tanto como se echa menos para el conocimiento perfecto de esta ciencia. Para los hombres de mediana razon, discurre que he dicho bastante. Con la advertencia, que el argumento es tan perceptible, y convincente, que à los mismos Abogados, que diariamente manejan los negocios y causas presento por testigos. Digan si ha llegado à sus manos algun pleyto sobre

sobre adopciones, aceptilaciones, esclavos, manumisiones, y los demás puntos que he insinuado. Por otra parte, confiesse ingenuamente los que regentan Cathedras, si en los actos que defienden, ò en las materias que explican, han traído à disputa, ò examen las questiones de Tenutas, Patronatos, Real Proteccion, Censos, Mejoras, Execuciones, Recursos de Fuerza, de injusticia notoria, y otros infinitos. Yo sé que no. Y si alguno lo hiciera, sería notado; supuesto que en el Derecho Civil no se encuentran tales materias.

201 Parece que estoy oyendo la *rèplique*, de que mis maximas se dirigen à desterrar de las Universidades la theorica de el derecho, ù à confundirla à lo menos con la *pràctica*; no pudiendo negar nadie, que en el Derecho de los Romanos se encierren aquellos principios, y reglas, que constituyen la parte que llamamos Theorica; dexando para las Leyes Reales el conocimiento *pràctico* de los negocios. Yà estoy oyendo esta *rèplica* con tal satisfaccion de los vulgares, que creeràn haver rebatido con ella todos mis argumentos. Empero me corro de facar al público reconvenccion tan pueril, que serà la irrision de

to.

todos los hombres de juicio. Puede ser mayor la ignorancia de los Profesores de una ciencia, que no saber discernir lo práctico de lo especulativo? Pues este defecto tan crasso, y tan perjudicial padece el vulgo de los Juristas.

202 Vengan los Theologos, y digannos, si practican otra Theologia distinta de la que oyeron en las Universidades? El Moralista, si estudia los preceptos mismos que ha de poner en execucion en llegando al Confessionario? El Escripturario, si aprende en las Universidades aquellos mismos textos, y doctrinas, que ha de verter en el Pulpito? El Dogmatico, si se instruye en aquellas Conclusiones, y dogmas, con que ha de persuadir al infiel? El Filosofo, si examina, è inquiere aquellos principios que le han de servir para la explicacion de qualquier Fenomeno natural? Si el Mathematico se aplica à entender los elementos mismos de que pende la inteligencia de los numeros, distancias, movimientos, y demàs objetos de esta Ciencia?

203 Y finalmente si el Medico, sin embargo de que en esta Facultad hay razon especial que la distingue de las otras, estudia

dia alguna Theorica, Reglas y Congeturas distintas de las que le han de alumbrar y auxiliar quando llegue à la cabezera del enfermo? Digannos todos estos Professo- res, si en la Theorica disputan maximas y materias diversas de las que encuentran y exercitan en la practica? Porque en la Medicina, que es donde se nota algo de esse abuso, yà el agudissimo y eloquentissimo Don Martin Martinez en su *Medicina Sceptica*, reprendiò la imprudencia de aquellos Maestros que entretienen à sus Discipulos con questiones inutiles que jamàs han de servir al enfermo.

204. Aora, pues, quisiera yo entender, què singularidad concurre en nuestra ciencia, para que en la Theorica no se ensenen y aprendan los mismos principios, los mismos tratados y las mismas especies que despues se han de poner en practica. Si un Estrangero deseara informarse en las Leyes y estilos de España, para entrar despues en la Corte à tratar con los Proceres y Ministros; y à este intento se instruyera en los ritos y costumbres de los antiguos Españoles Godos, tomando de el estado presente una noticia diminuta, no le tendriamos por infensato? Claro està, porque todas aquellas lec-

lecciones le servirían para la erudición ; pero muy poco para el gobierno presente. Pues esto mismo passa en las Universidades. Ensenáse allí el gobierno que tuvieron los Romanos en los tres Estados de su Monarquía : se explican sus costumbres , sus leyes, sus ritos , y supersticiones : entre dichas especies van mezclados los elementos , y máximas fundamentales de la Jurisprudencia : con este baño confuso de errores y verdades , sale un Theorico al Theatro de los Tribunales ; y es tal la novedad que encuentra , que le parece haver pasado à un nuevo Mundo , donde ignora hasta el idioma particular de sus individuos. Menegará esto alguno de los Legistas ? Por todos ha pasado esta confusión : todos han tropezado en esta valla tan dificultosa de penetrar : todos , al verse en este conflicto, se han lamentado. Pero ò pensión del error envejecido ! Conociendo todos la enfermedad , casi todos reusan el remedio. Desentrañemos mas esse error comun. Qué quiere decir Theorica ? Es otra cosa que un *complexo de reglas , y principios , que instruyen, y fecundan el entendimiento , para perceber , y resolver los casos prácticos con la aplicacion de aquellas luces , y máximas* ? Pues cómo ha de llamarse

llamarfe Theorica el conjunto de unas doctrinas, y Leyes, que las mas se hallan derogadas, otras inaplicables por la variedad de gobierno; otras intrinsecamente opuestas à la razon, y todas juntas no comprehenden las materias mas ilustres, preciosas, y frequentes en los Tribunales? Podrà llamarfe Theorica semejante ciencia?

205 Yo no digo, que la noticia de las Antigüedades Romanas no sea util à los Letrados, y Politicos; pero no se ha de dàr el nombre de Theorica à lo que propriamente no es mas que una Historia de el Derecho Romano. Conveniente sería, que en esta Historia se instruyessen los Juristas; mas ha de ser con otro methodo, y estudiando separadamente la verdadera Theorica: de fuerte, que no siendo la practica otra cosa, que *un uso, y aplicacion de las maximas generales à los casos particulares*, es suma ignorancia creer, que à la Jurisprudencia practica toca tratar de distintas materias y puntos, que los comprehendidos en la Theorica, como discurren vulgarmente los Jurisperitos; ignorando unos principios tan claros de Logica, y Metaphysica.

Y

No

206 No ignorō, que muchos me responderàn lo mismo que yo respondia en el tiempo de mis preocupaciones. El Derecho Romano (diràn) es la fuente ò el mar inmenso, de donde sacaron las Leyes con que aora se gobiernan los Principados de la Europa. El Español tomò de alli lo que le pareciò para la formacion de sus Partidas, y Fueros. El Francès fundò sus Constituciones en los principios del Derecho Comun. El Alemàn hizo lo mismo. Y el Italiano se gobierna aun oy con la mayor parte de las Leyes Civiles. Es cosa pues muy conveniente, y aun precisa, que los Legistas se enteren primero del origen de el Derecho, para que puedan despues comprehender las Leyes pràcticas. Què satisfaccion tan especiosa! Pero què vana!

207 Los Romanos tomaron de los Griegos lo mas precioso de sus Leyes; pero una vez que eligieron las convenientes y precisas, pensaron en traer à Roma todas las Leyes, Ritos, y costumbres Griegas, para que en publica Escuela se enseñassen? No es notorio en las Historias, que con el numero reducido de aquellas maximas escritas en las doce tablas, empezaron à gobernarse los Romanos, añadiendo

do , y supliendo despues con la ocurrencia de los casos , las Leyes que les dictaba su Politica ? No puede negarse, que las Leyes Athenienses fueron con todo rigor el origen de las Romanas ; pero dictando la razon , que el confundir lo superfluo con lo preciso , lo inutil con lo provechoso , y lo contrario con lo conveniente , es proprio de irracionales , y no de hombres que tienen el juicio en su lugar ; los Romanos se quedaron con lo mejor de las Leyes Griegas , dexando , ò desechando lo que no les servia para su gobierno. Tan observantes fueron de sus cosas , que no permitieron se introduxesse en los Tribunales de Roma voz alguna Griega , no obstante que sus Leyes eran de Grecia. Tanto apreciaban lo preciso , tanto aborrecian lo inutil.

208 Afsi el diestro Capitan sabe desechar de su Exercito aquella gente , que aumenta el numero , pero no las fuerzas ; afsi el Medico experto proporciona la dosis de la Medicina con la dolencia. Porque en ambos casos el Soldado inutil embaraza al esforzado ; y la cantidad superflua impide lo provechoso del medicamento. Si para establecer un buen gobierno

se deben reducir las Leyes al numero mas breve , como enseñan todos los Maestros de este Arte , no será imprudencia aumentar estatutos para casos que jamás suceden, ni pueden suceder en el systema de nuestra Monarquía?

209 Y si es tan dañoso à una Republica mantener Leyes inutiles è impertinentes , qué será conservar Leyes contrarias à la razon , y à su gobierno ? Luego siguiendo el exemplo de los Romanos , (que para los Legistas es precepto inviolable) debèmos desechar de nuestra Republica todo lo que es inutil , y ridiculo en el Derecho Comun. Y así , permitiendo que el Derecho Civil haya sido la fuente de nuestras Leyes Reales , (cuyo error comun no es de el caso combatir aqui) no prueba esso , que deba enseñarse en las Universidades en el estado que oy le tenemos , y con el methodo que se practica. Ni tampoco evita los inconvenientes y perjuicios, que trae consigo tal permission.

210 Entra en las Escuelas de la Jurisprudencia un muchacho tierno , y dispuesto à imprimirse de todo lo que oye y lee en los libros de Derecho Comun. Allí encuentra infinitas reglas y principios, que

que oy por injustos, ò porque las cosas variaron en un todo, no pueden acomodarse, ni observarse en España. Aprende como verdades infalibles aquellas especies defiendelas en la Cathedra; explicalas despues à sus discipulos; procura por todos medios conciliar los textos Civiles con los preceptos de la razon, aunque dentro de sí le dè latidos su proprio conocimiento; se afirma tenazmente en aquellas reglas; y estando mezclados en el Derecho Comun, los elementos verdaderos de la Jurisprudencia con otras muchas maximas yà derogadas como inutiles, ò como ridiculas, sucede precisamente, que unas y otras se le imprimen con tal fuerza, que le parece que toda la Jurisprudencia vendrà à tierra, si alguno de los principios que ha estudiado le saliera falible. En este estado de creencia, inevitable à quantos entran à estudiar el Derecho Civil, sale de la Universidad; emprehende de nuevo el estudio de las Leyes de el Reyno; y vè aqui, que este Jurista theorico se halla con dos dificultades invencibles. La primera ignorar casi todas las materias principales de la Jurisprudencia; y la segunda, hallarse embutido de un millon de principios y especies
im-

impracticables , y perniciosas en el uso de los Tribunales. El primer defecto facilmente lo conoce ; por que hasta las voces de la practica le parecen peregrinas. El segundo no puede conocerlo, mientras no encuentre con el desengaño.

211 Puesto en esta infelicidad , empieza à desembolver los Autores prácticos; dà de ojos con una question decidida contra aquellos principios y reglas que el tenia aprendidas como verdades apuradas ; yà empieza à rezelar ; tropieza con otra especie totalmente opuesta à la que en la Univerfidad se le supuso como maxima indubitable ; passa el rezelo à confusion; buelve sobre si ; conoce que lo que ha estudiado le sirve de estorvo para enterarse de la practica ; intenta salir de tan confuso laberynto de especies ; desea en contrar Autor ù Libro que distinga las Leyes theoricas derogadas è inusitadas, de las que se observan ; y aqui quisiera yo , que los Juristas me facàran de esta dificultad.

212 Pregunto , què remedio hay en la practica , para que un theorico embutido en un millon de especies , entre las quales unas se observan , otras estàn sin observancia ; què remedio (digo) havrà para que este

este entendimiento llegue à conocer y discernir las especies utiles, de las inutiles y contrarias à nuestro gobierno? Las maximas que ha de mantener para resolver los negocios, de las que ha de desechar como impracticables? Què harà? Recurrirà à las Leyes del Reyno? Es remedio, fobre muy difícil, ineficaz. Nadie ignora los volúmenes y Libros del Derecho Real. Para leerlos, y formar juicio de todos los puntos que contienen, son menester muchísimos años. Doy que llegue à enterarse de ellas: havrà adelantado muy poco para salir de sus confusiones. El que ha leído las Leyes de Recopilacion, sabe que en ellas son muy pocas las Civiles que expressemente se derogan; ni hay necesidad de esta derogacion; por que no teniendo el Derecho Comun fuerza de Ley en España, ni se necesita, ni cabe con propiedad derogacion especial de sus textos. Con que vendrà à suceder que leídas y releídas las Leyes Reales, se quede en la duda de si todas las demás especies que alli no están individualmente decididas, serán observadas en los Tribunales. Si lo cree así, se engaña infelizmente: porque nadie puede ignorar, que infinitas Leyes del Derecho

Ci-

Civil, de que no se habla en la Recopilacion, están desterradas de nuestro uso con muchissima razon. Si recurre à las partidas, se hallará aun mas confuso : porque no pocas Leyes Civiles de las que alli se aprueban, las derogò justamente la costumbre. Luego por este medio tan penoso, que ninguno se atreve à emprender, no podrá salir el theorico Civilista de sus dudas, y errores. Pues què hará en tal estado ? Recurrirá (dirán algunos) à los Autores practicos.

213 O, y què laberintos de dificultades ! Hay Autor entre los nuestros, que examine de proposito las Leyes Civiles que se hallan sin observancia ? Yo ni lo he visto, ni lo he oído. Que algunos Autores comparan varios textos de el Derecho Comun con el Real, bien lo se ; pero que haya alguno que los examine todos, no digo todos, la mayor parte, no quiero la mayor parte, sino la quarta parte de los infinitos del Derecho Civil, bien puedo decir, que no ay entre nuestros Regnicolas Autor de esta especie. Aun hay mas. Encontrará el theorico Autores que dan por derogadas muchas Leyes Civiles; encontrará otros, que afirmaràn estar las mis-

mismas Leyes en observancia. Y así no puede ser, que el theorico llegue à comprehender quantas especies, de las infinitas que adquiriò en la theorica, le serian utiles ò dañosas. No pudiendo, pues, ser vencida tanta dificultad, aunque viviera un Letrado mil años, se sigue lo que todos saben, esto es, que en llegando à defender una causa, hecha mano el Letrado de una de las maximas que aprendiò en la Universidad; la vierte en un Consejo; y como los Ministros por su larga experiencia han conocido que aquella Ley Romana no puede acomodarse à el gobierno Español, el Pleyto se pierde, el Abogado queda sin credito, y los litigantes sin consuelo. Yo discurro que esta es una de las causas, por que algunos suelen quejarse de que muchas resoluciones de los Tribunales son contra principios y reglas del Derecho. Sin advertir que essas reglas y esos principios ni son principios ni reglas para España. Siendo, quando mas, unas maximas prudentes y utiles para el antiguo Imperio de los Romanos, tan distante en todo del nuestro.

213 O infeliz estado de la Jurisprudencia! Quien no se compadecerà de tales sucesos. Pues son verdades apuradas, que

Z

la

la experiencia me ha enseñado , y ha enseñado à infinitos. O què bien penetrò nuestra infelicidad el ingenuo , aunque demasiadamente acre, *Balduino en su Justiniano*, prorrumpiendo en estas voces : *Nos miseri, & bis, terque miseri, qui tales inter scopulos jactamur*. Miserables una , dos , y tres veces los Juristas , que estamos sumergidos entre escollos de dificultades casi invencibles. Pero mucho mas dignos de compasion y lastima son aquellos , que viven tan satisfechos de lo que estudiaron , que no conocen , ni aun recelan los errores de que estàn embutidos : *Sed multò illi etiam miseriores (profigue) qui neque vident, neque sentiunt, ac nec per somnium quidè cogitant quidquam de Triboniani flagitio, stultitia, sive audacia in Pandectarum capitibus, non jam dico componendis, sed potiùs cauponandis.*

214 Es el vulgo de los Juristas insensible à los achaques que padece. Empero lo mas lastimoso no consiste en los tropiezos insuperables que encuentra un Letrado para componer la theorica con la pràctica; lo mas affombroso se vè en aquellos , que desde la theorica pasan sin detenerse en el conocimiento pràctico de los negocios , à decidir en los Tribunales. Hay Legistas con-

su.

sumadísimos en las Universidades, y capaces algunos de hombrear con los *Papinianos*; sin embargo, puesta en estos la Vara de la Justicia para la resolución de las causas, què estorvos, què mntes de dificultades no se les atraviessan para entenderse con la práctica de las Leyes del Reyno! El Abogado puede, si se halla dudoso, ò insuficiente para manejar el Pleyto, despedirlo ò consultarlo: pero el Juez instruido de las Leyes Romanas, que no ha tenido la experiencia de saber las que se hallan admitidas, ò abolidas; que debe por otro lado dàr expediente à la instancia, al recurso, à la quexa, muchas veces sin intermision alguna, què no dudará, què no reze- larà en dàr una providencia ajustada à las maximas que aprendió en el Derecho Romano! Yo sè muy bien, que muchos Legis- tas consumados en el Derecho Civil, se hallan cada dia perplexos, confusos y aun perdidos para dàr expedientes à las causas. Aqui no hay dàr medio; en el Derecho Romano no se tratan, como probè arriba y saben todos, las materias mas principales, y frecuentes de la Jurisprudencia pràctica. Nada se sabe alli de *Execuciones*, de *Fuerzas*, de *Patronatos*, de *Censos*, de *Mejoras*,
 Z 2 de

de Mayoralzgos. Luego es preciso que estos puntos se vayan comprendiendo con el ejercicio de las causas. Pero quien no ve, que esto es aprender à costa de los pobres litigantes? Se me dirà, que qualquiera que se pone en esse parage, yà antes de salir de la Univerlidad, procura privadamente estudiar y enterarse de los Autores pràcticos, y Leyes Reales; y asì llega instruido à manejar los Pleytos y negocios. Pero esso tiene contra sì muchos reparos. Lo primero es, que siendo libre dicha aplicacion, y tan estraña de lo que se ventila, y encuentra en el Derecho Civil, no hay motivo para creer que sus Professores se aplican à un estudio, que alli se mira con tédio. Nadie ignora lo que digo. Los Civilistas reputan como hombres de diversa profesion à los pràcticos; tanto que unos, y otros reciprocamente se tratan como expureos de la Jurisprudencia. Este es un thema muy antiguo. Còmo pues, siendo tal la averfion à estas materias, he de creer que se apliquen todos privadamente à su estudio? Lo segundo es, que estando los Professores del Derecho Romano metidos con todas sus potencias en el examen de los textos Civiles, en la conciliación de sus

sus Leyes, y en otros ejercicios indispensables de la Theorica, como leer de oposicion, poner réplicas, defender Conclusiones parece que no queda tiempo para aplicarse à la lectura de las Leyes Reales, y Autores prácticos. Por lo menos no puede executarse con aquella pausa y atencion, que piden las materias arduísimas de la Jurisprudencia practica. Lo tercero es, que dado caso que los Civilistas hagan estudio privado de esta verdadera Jurisprudencia, es insuficiente dicho estudio para entrar de golpe en un Tribunal, à exercer la jurisdiccion sobre vidas, honras, y haciendas.

215 Las materias que no se ventilan y apuran con la conferencia y contradiccion, jamás llegan à digerirse bien. Y esto se ve cada dia, notando la desigualdad que hay entre los que estudian las Artes en Universidad, y los que las estudian privadamente, y como de memoria, sin llegar al ardor del argumento. No se digieren bien las especies sin el calor de la conferencia: à la manera que en el estomago queda indigesto el alimento, si no encuentra alguna fermentacion que lo desmenuce.

216 Lo quarto y principal, siguiendo el thema propuesto, es la imposibilidad que

que tiene un theorico aunque haya estudiado privadamente las materias practicas, para discernir à tiempo las Leyes Civiles que debe aplicar al conocimiento y decision de las causas, de las que no pueden servirle. Si en las Leyes del Reyno se previnieran todos ios casos y Pleytos que se suscitan , teniendo estas à la vista , saldrian de la dificultad: pero constando à todos, que raro caso de los que ocurren en los juicios, se halla decidido por Leyes Reales, es preciso recurrir à otra fuente ; y si esta se halla viciada con el concurso de infinitas especies , unas impertinentes , otras impracticables, y otras provechosas , (qual està oy el Derecho Civil) sucederà , que en vez de aplicar las Leyes que quadran à nuestro gobierno, se elijan las que yà por el uso y desigualdad de las cosas están inusitadas.

217 Ocurreseme el caso que refiere *Rapolla en su Jurisconsulto Cujacio*, aquel Theoricon tan grande , que mereciò el renombre de Padre de la Jurisprudencia , se encontró casualmente en un Tribunal , à tiempo que se disputaba de una especie practica; propusosele para que diese la decision ; y quando todos esperaban una resolution tan pron-

pronta, y singular como prometia su gran pericia en ambos Derechos, dice aquel Autor que enmudeció Cujacio *obmutuit Cuiatius*. De otro theorico muypreciado de Civilista, he oído que siendo consultado por un rustico à cerca de un caso practico sobre cierta fervidumbre, hallandose confuso, se valió de la estratagema de ir explicando las varias especies de fervidumbres: que se contienen en el Derecho Civil; en cuya digression pretendia el consultado hacer tablas la pregunta, para disimular su ignorancia. Pero el consultante que no entendia de theoricas, le apretó sobre que respondiese derechamente: finalmente, viendo descubierta su maña, quedó confuso y sonrojado. Quantos de los que se presumen *Ulpianos*, y *Papinianos* se havrán visto en el mismo aprieto?

217 Con este motivo pretendo descifrar un error, que ha llegado à ser tema entre los practicos, y theoricos. Es cantilena frecuente en las Universidades, que allí solamente se sabe Jurisprudencia; porque allí se disputan rigurosamente los puntos de Derecho, y se examinan en su fuente las proposiciones netas de la Jurisprudencia. Y con este sentir, desprecian, y aun

aun tienen à menos llamar Jurisconsultos à los Abogados. Estos dicen lo contrario; que las especies, y questiones del Derecho Civil son puras fruslerías; que en los Tribunales no sirven, antes dañan positivamente las metafísicas, que tanto se aprecian en la Cathedra; y finalmente, que por experiencia saben que los puros Civilistas se encuentran totalmente embarazados quando llegan à la defensa ù à la judicatura: Cuya emulacion se ha enconado tanto entre los Juristas de España, que casi se ha hecho parcialidad. Y aun en Saboya en tiempo de *Antonio Fabro* se encendió tanto esta competencia, como testifica la obra que publicó *de erroribus Pragmaticorum*; donde cada linea es una invectiva contra los Abogados: tratandoles de ignorantes e imperitos. Pero durò el insulto, hasta que *Borjia* diò à luz en defensa de los prácticos otros dos tomos contra los escritos de *Fabro*.

218 Si hemos de hablar ingenuamente, unos y otros proceden con pasión. La mayor parte de los Abogados censuran y miran con odio à los Civilistas, no porque conocen los defectos y vicios del Derecho Civil, sino porque jamas lo es-
tu-

tudiaron, ni vieron theórica, sino de passos.
 Y algunos ni aun pisaron Universidades.
 Esto es constante y notorio; siendo cosa
 vergonzosa que la mayor parte de los que
 se llaman Letrados, ignoren los principios
 mas familiares de la Jurisprudencia. Por
 cuyo motivo no se detienen en defender
 qualquier Pleyto, justo, ò injusto, dando
 ocasion con sus torpezas à que en los infor-
 mes, los traten ignominiosamente los Jue-
 ces. Y como el Pueblo mira confundidos
 los sabios con los imperitos, de aquí resul-
 ta la nota, y el justo sentimiento de los Le-
 trados eruditos y doctos. Cuyo abuso de-
 biera corregirse sin dilacion; atendiendo
 à los daños que padece la causa publica con
 la permission de tales profesores espureos.
 Empero los que radicalmente estudiaron, y
 examinaron las maximas y reglas de el De-
 recho Civil, tienen justa razon para cen-
 surarlo; mediante los motivos, errores, y
 vicios que hemos referido, y probado. Y
 así solamente merece el nombre de Juris-
 perito, aquel que enterado de los verda-
 deros principios y maximas de el Dere-
 cho Comun, que se hallan confusamente
 esparcidos entre lo infinito de sus textos,
 sabe, discerniendo y despreciando lo inu-

til , entender cautamente los Autores practicos , y valerse de ellos con discrecion en la ocurrencia de las causas. Pero semejante penetracion es rarissima prenda entre los Legistas. Por lo que ni aun imperfectamente merecen el nombre de Jurisconsultos los simples Theoricos.

219 De la variedad , y confusion de el Derecho Civil proviene tambien que España , y toda la Europa se halle sumergida entre pleytos , como nota *Justo Lypsio de Legib. cap. 10.* porque no hay dictamen, ni pretension , por extravagante y dura que parezca , que no pueda apoyarse con textos y doctrinas del Derecho Romano, por cuya razon no hay en la Jurisprudencia proposicion cierta , ni conclusion segura , fuera de aquellas abstractas y generalissimas , que influyen poco en la resolucion de las dudas y Pleytos. Y para prueba sensible de que el Derecho Civil , es el origen y fundamento de casi todos los Pleytos. Veanse con atencion los que oy penden. Noten los Abogados y Jueces los Pleytos que actualmente llevan entre manos , y hallaràn que apenas hay alguno que se sostenga sobre la inteligencia de las Leyes Reales. Facil es la observacion ; pero
tan

tan cierta como facil. En los Informes que se hacen , y en los Papeles que se escriven, no se oyen ni leen sino textos Civiles , y Autores que escrivieron sus opiniones al abrigo de ellos. Rarissima vez se observa, que ambos Abogados en el punto preciso de la dificultad , citen cada uno por su parte las Leyes del Reyno , porque en aquellos casos decididos por Ley Real , no hay la variedad , contradiccion y confusion, que notamos en las Leyes Romanas. Y assi es preciso confessar que el Derecho Civil es el origen , y el fomento de casi todos los Pleytos. A lo que atendiendo San Bernardo , dixo (como hemos notado arriba) escribiendo al Pontifice Eugenio IV. Las Leyes de Justiniano , no son Leyes , sino Pleytos: *Leges Justiniani non Leges , sed lites sunt.*

220 Por què se estraña pues , que una misma especie oy se resuelva de un modo , y mañana en el mismo Tribunal se decida al contrario ? No tenemos à la vista la causa de esta instabilidad ? El Juez que ha de decidir el Pleyto , se encuentra con una Ley Civil , ò con un Autor , que fundado en esta Ley , defiende la justicia de un litigante ; no se detiene à examinar si

la Ley Civil , que viene à fer todo el fundamento de aquella opinion , y de los Autores que la figuen , es conforme à nuestros estilos y equidad : defiere à ella ciegamente , y aplica su sentencia en favor de aquel litigante. Llega mañana otro Juez mas libre , y mas prudente en el uso de las Leyes Civiles ; y aunque tiene presente la decission del Derecho Comun , no obstante , advirtiendole que sus Leyes Romanas no tienen en España mas valor que el que les dà la razon en que se fundan , las desecha juntamente con los Autores que las figuen , y profiere la sentencia diametralmente contraria al Derecho Romano , pero conforme à la equidad , estilos de España , y verdad desnuda y sencilla de los Autos. Esta inconstancia , è instabilidad es una peste , que destruye los Reynos ; pero al mismo passo es un achaque inculpable en los Jueces. Porque no tienen regla segura para distinguir las Leyes Civiles dignas de practicarse , de las que son indignas de sèquito y estimacion , por inusitadas , por impertinentes , y supersticiosas , y finalmente por contrarias à la luz natural.

221 Pero yo quiero suponer que todo lo que leemos en el cuerpo del Derecho
Ci

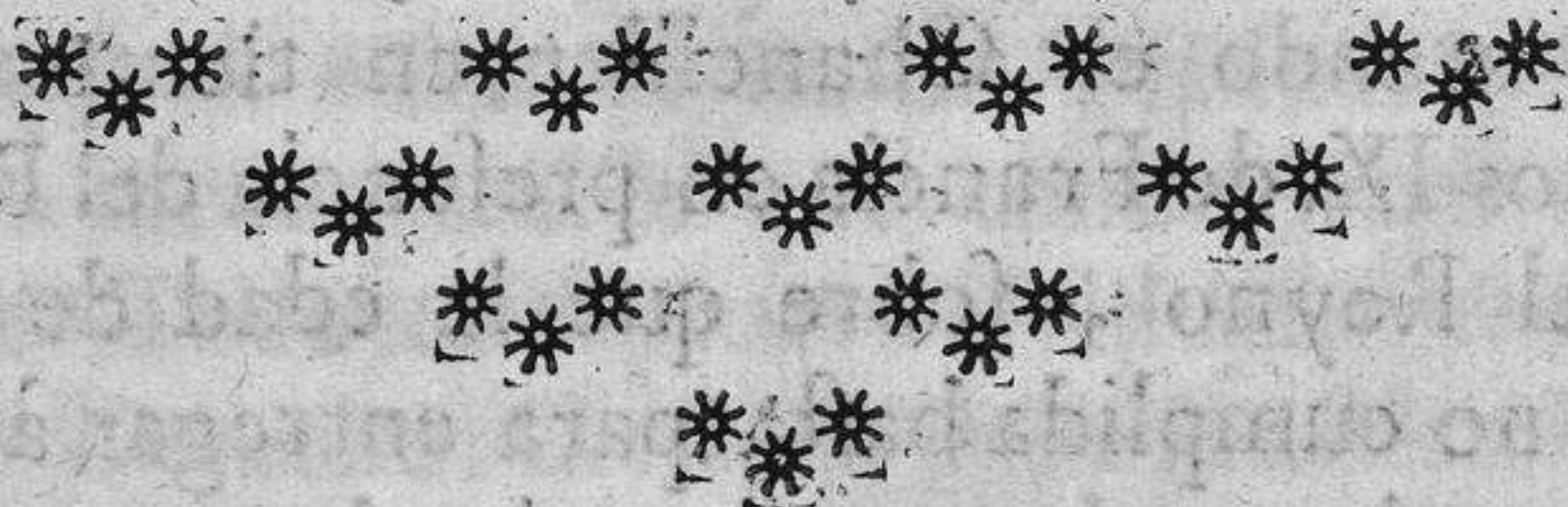
Civil sea puramente lo mismo que Justiniano ordenò ; quiero tambien suponer , que los Jurisconsultos antiguos no erraron en cosa alguna ; y finalmente supongo que Triboniano fue tan feliz en la concordia de las opiniones , y en la formacion de las Pandectas , que en todo procediò como un Angel : se me puede negar la diferencia de tiempos , estados , costumbres , y otras mil circunstancias que han variado desde Justiniano hasta nuestro siglo ? Es claro que no. Y si esto no se concediera, daríamos en el extremo de que tantas Leyes como el mismo Justiniano derogo , y las Leyes de España han derogadò , fueron en su constitucion injustas. Porque por uno de dos Capítulos se deroga precisamente una Ley ; ò por falta de Justicia , ò porque se alteraron las circunstancias en que se ordenò. Luego sin duda es , que se han mudado notablemente tiempos , costumbres , estado , gobierno , y demás requisitos que concurrían en tiempo de Justiniano. Y en medio de tan notables novedades, por què no se havrán tambien alterado muchísimas ò la mayor parte de las maximas que vertiò Justiniano en sus Pandectas ? La causa de la alteracion es comun ;

pu-

pues què razon especial havrà para que unas Leyes se hayan abolido con el tiempo, y otras no? Què caracter extrinseco tienen unas y otras, para que distingamos las derogadas de las subsistentes? No hay otro medio que el de el examen: En cuyo espejo, que no vibra otras especies que las que forma la luz de la razon, se conocerà quales en el systema presente son dignas de la observancia, y quales yà no lo son.

222 Cuyo argumento se hace mas perceptible (si es que cabe añadir mas notoriedad à su fuerza) con la comparacion de las Leyes Reales. Estas, sin embargo de que se formaron para España; que los Españoles siempre son Españoles, que su Religion se mantiene inalterable, y que gran parte de sus costumbres, y estilos antiguos se conservan; con todo, las Leyes Españolas se han reformado varias veces. Y así notamos que el *Fuero Juzgo* padeciò notable reforma con las Partidas; que estas fueron reformadas en gran parte por las Leyes del Ordenamiento; que este perdiò su fuerza por las Leyes mas nuevas de la Recopilacion; y en fin que muchas de la Recopilacion han sido moderadas, y reformadas por otras, y por los Autos acordados

dos del Consejo, y aun por la costumbre y practica universal. Dimanando toda esta alteracion de la inconstancia natural è inevitable de las cosas. Pues, si esto passa entre las Leyes practicas que se hicieron para nosotros con conocimiento prolixo de nuestras costumbres, y estado; como no han de ser dignas de revista y reforma, unas Leyes que no se ordenaron para España, sino para gentes, no de diversa, sino de contraria complexion, estado, religion, y calidad? Luego ù se deben reformar, ò no se ha de permitir que se enseñen con el methodo, y caracter de Leyes, y doctrinas *infalibles*, como se practica.



CAPITULO V.

REMEDIO FACIL DE LOS MALES
que padece el Derecho Comun , y nueva
idea de Jurisprudencia.

§. I.

223 **R** Econociendo los Franceses los muchos vicios , y defectos del Derecho Civil de los Romanos, tienen generalmente prohibido su uso, permitiendo solamente alegar las Leyes Civiles , que se fundan en razon , y equidad ; al modo que es permitido alegar la autoridad de los hombres sabios que han escrito para el gobierno de algun Reyno ò Provincia. Y asì refiere el *Tuano lib. 5. Histor. 55.* que orando el Chanciller en tiempo de Carlos IX. de Francia en presencia del Rey, y del Reyno , sobre que la edad de 14. años no cumplida basta para entregar à los Reyes el gobierno , queriendo traer en comprobacion la *Ley. 8. ff. de Muner. & Honorib.* pidiò antes la vènia y protestò que aquel texto lo conducia solamente como

autoridad de un sabio Jurisconsulto. Y así mismo refiere el Bodino en el *Lib. 6. de repub. Cap. 5.* que alegando cierto Abogado en el parlamento de Paris la *Ley. 1. ff. de Constit. Princip.* Para probar que la potestad de los Reyes dimanò del Pueblo, fue acerbamente increpado por los Jueces. En fin, los Franceses tienen la ventaja de haver escrito varios Libros sobre la conveniencia y discrepencia que tienen las Leyes Francesas con las Romanas. De cuya especie es la obra de Antonio Mornacio en las *Observaciones sobre 24. Libros del Digesto y algunos del Código*; Autummio en la *comparacion del Derecho Francès con el Romano*; Bugon en las *Leyes Abrogadas*; y Juliano Tabesio, *Paradoxa Regum.* Cuyas singulares obras serian de gran provecho en España y acaso mas dignas de estimacion, que todo lo que se ha escrito de Jurisprudencia hasta ahora; si el valor se ha de graduar por el fruto incomparable que conducirian al publico. Todo esto prueba evidentemente que el Derecho Civil no debe practicarse ni estudiarse sin un examen particular de sus maximas y Textos.

224 Y que, conocida esta enfermedad, tan lastimosa no habrá medio para su

curacion ? Lo ay , y no difcil. El Politico Saavedra haviendo traslucido los males que causa el Derecho Comun en España , diò el corte en una de sus Empreſſas. Propuſo por remedio que ſe deſterrara de las Univerſidades el estudio del Derecho Civil reſervandose una ſola Cathedra donde ſe havia de enſeñar para que los Eſpañoles no perdieſſen tanto bueno como ay en las Pandectas y pudieran inſtruyrſe en las antigüedades Romanas. Eſte fue el pensamiento de Saavedra. Pero aunque tan gran politico , no diò expediente à la dificultad: porque en la hipoteſi de Saavedra ù los Legiſtas havian de inſtruyrſe todos en las noticias del Derecho Civil antes de paſar à los Tribunales , ò entendiò que aun aquella ſola Cathedra havian de aſiſtir los que quiſieſſen quedando ignorantes los demas ? Si lo primero ? Eſtamos dentro de todas las dificultades è incombenientes que ſe han propueſto en eſte diſcurso , reſpecto de la confuſion ineſtable que un theorico ſiente para llegar à enterarſe de la practica. Y ſi los Juristas en las Univerſidades han de estudiar ſolamente las Leyes del Reyno ſin precifarles à el estudio del Derecho Civil ; jamas ſabran Jurisprudencia con fun-

fundamento; porque los Elementos de esta ciencia solo se encuentran en el Derecho Romano, mezclados como dixe, con infinitas especies ridiculas injustas inutiles y supersticiosas: luego la empreſa de Saavedra ò es insuficiente ò perjudicial à la Jurisprudencia.

225 Navarrete en su *conservacion de Monarchias* tirò en este punto aun con mas riesgo que Saavedra; porque propuso que se desterrasen absolutamente las Leyes Civiles. Y este pensamiento trae por consecuencia precisa lo que insinuamos arriba; respecto de que quedarian los Españoles privados del bien que encierra en si la noticia del Derecho Comun. Y aun por esso en la *Ley primera de Toro*, hablando del Derecho Civil se permite se lea en las Universidades porque contiene especies muy utiles y fabias.

226 Luego el empeño estriva en componer que en las Universidades se estudie todo aquello que conforma con nuestras Leyes y gobierno, sin que se priven los Juristas de la noticia de las antigüedades Romanas y maximas fundamentales del Derecho: evitando al mismo tiempo la confusion y mezcla de las especies inutiles con

las provechosas. Conseguido esto, cesan de una vez los malos efectos que aora padezen todos los profesores de Jurisprudencia; se podrá saber la Historia del Derecho Antiguo, y se aprenderán los elementos y puntos mas principales de la Jurisprudencia Española.

227 El espediente, pues de esta dificultad consiste en que el cuerpo del Derecho Civil se examine y reforme por tres-ù mas Jurisperitos que se elijan para este intento. De el Digesto y Codicego se podrá formar un extracto de aquellas Leyes Civiles que confronten con las del Reyno, desechando todas aquellas resoluciones que por superfluas injustas ò inutiles no se obserban en España. Afsi mismo se deveran desechar de dicho extracto aquellas materias y tratados que jamàs se oyen en los Tribunales como son *Esclavos*, *Manumisiones*, *Pactos nudos*, *Estipulaciones*, *Aceptitaciones*, *Testamentos antiguos*, *Formulas de Legados*, *Leyes caducarias*, y otros infinitos puntos que están desterrados de todo el comercio humano. Formado afsi dicho extracto, que segun discurro podrá quedàr en la vigesima parte de el Volumen que oy tienen el Digesto y Codicego, se ha de tratar incluyr en el
los

los puntos mas principales ilustres y frecuentes en los Tribunales decididos en conformidad y consonancia à las Leyes del Reyno y opiniones mas recibidas en España; como son *Succesiones*, *Mejoras de tercio y quinto*, *Mayorazgos*, *Censos*, *Recursos de fuerza*, *de Injusticia notoria*, *de mil y quinientas*, *Execuciones*, *Patronato*, y demás materias que se frecuentan. Teniendo atencion à que en este nuevo extracto ò Digesto se vacien todos los elementos y puntos mas vniversales del Derecho Publico en que podrá tambien incluyrse lo mas esencial del *Derecho Maritimo*, que tanto se ignora en España. Luego en una palabra, el Volumen nuevo à de constar de las *Leyes Civiles*, que conforman con la razon natural *Leyes* y *costumbres* nuestras y asì mismo de los puntos mas ilustres y frecuentes de la practica. Esta deve ser la materia del nuevo *Codigo Theorico Practico*. Pasemos à la forma de su composicion.

228 En el metodo que se ha de observar en estas obras, no cabe regla fixa; no porque sea dificil el orden de su composicion, sino porque pueden ser varios los medios para la distribucion, todos utiles, y suficientes. Pero me parece que el mas cla-

claro y conocido de todos, será proceder distribuyendolo en libros, los libros en titulos, los titulos en Leyes, las Leyes en parrafos y versiculos, segun el orden de nuestra Recopilacion, que es el mismo que oy tiene el Derecho Civil. Lo primero que se ha de proponer en cada titulo, es la definicion clara y sencilla de la materia que trata, sin detenerse en escrupulosidades logicas. A la definicion se ha de seguir inmediatamente la division de especies en que se distribuya la materia generica del titulo. Y träs la definicion y division se han de sentar las reglas generales de aquel titulo. Despues de las generales, las subalternas; descendiendo por esta orden hasta la decission de los puntos particulares: de fuerte, que vaciados los elementos y reglas, se passará à la decission de las dudas, y especies de el Derecho. Con la precaucion siempre de que se propongan primero aquellas questiones mas generales, que han de servir de Luz ò inteligencia à las que figuen.

229 Pero el modo de proponer las questiones en cada Texto no ha de ser el que comunmente usan los escritores de Jurisprudencia. Disputan estos y exami-
nan

nan puntos de Derecho en abstracto; cuyo metodo es poco util para la decifion de las causas. Pues segun advierte repetidas vezes y lamenta el *Cardenal de Luca*, ferve muy poco que una conclusion se afiente, ò se funde en general, si en la aplicacion de ella à los casos particulares estriva la mayor dificultad: y asì para ocurrir à unlo y otro incombeniente se decidirà en abstracto aquellas pocas questiones que son como fuentes en el asumpto de todas las demas. Pero el mayor numero de textos se ha de formar sobre cassos particulares vestidos de las circustancias de el hecho mas menudas. Y para este fin se procurará imitar en todo lo posible los cassos como suceden y se refuelben en los Tribunales. Con cuyo metodo faldrà de las Universidades los Juristas exercitados en la decifion de las dudas practicas, y no encontraràn estrañeza en la de los Pleytos verdaderos.

230 Este es el metodo mas claro y preciso que cada titulo ha de tener en la distribucion de sus Leyes: y en la de los Libros, y titulos, se observará la misma colocacion y distincion de materias en general: esto es se propondran primero aquellos tratados que han de dar Luz à los

los figuientes. Siendo este el orden meto-
dico que observaron los hombres mas sa-
bios en las obras que dieron para la ense-
ñanza è instruccion de los que principian
los artes y ciencias.

231 Formado afsi este nuevo *Codigo*
Theorico practico, se sacará de el un extracto
ò medula que ha de servir de *Instituta*
obserbando en su formacion las mismas re-
glas que dexamos propuestas. Pero con la
distincion que debe haver entre el resumen
y la obra principal. Y para la mayor fa-
cilidad de los que estudian Jurisprudencia
combiene, y aun es preciso que se forme
un *Legicòn* ò *Diccionario breve*, en que se ex-
pliquen con pureza las voces y frases mas
dificiles de el Derecho. El qual podrá
reducirse à tres pliegos de papel. Porque
tengo advertido, muchas vezes que los es-
tudiantes se confunden con la obscuridad
de varias voces que se usan en las primeras
lecciones, y no se explican si no mucho des-
pues: y esto es causa de gran confusion
para los principiantes. Circunstancia que
deviera obserbarse en todas las demas cien-
cias: y serià mas pronto el adelantamiento
de sus profesores. Pues nadie ignora, que
la inteligencia de las voces facultativas es

uno de los mayores estorbos que encierra qualquier facultad. Pero deve limitarse este diccionario à muy pocas ojas, conteniendo solamente aquellas frases y nombres que por precision se anteponen en los textos, dexando las demas que se colocan en lugares oportunos donde tienen su explicacion. Este, pues, Legicòn reducido à quatro ò seis ojas de papel, se insertarà en la frente de la Instituta y de el Codice reformado; para que los Juristas principiantes tengan este alivio.

232 Luego de todo se sigue, que en un corto Volumen, que acaso quedará reducido à una decima parte de la magnitud que oy tiene el Derecho Comun, tendran los Juristas todo lo bueno que encierra en sì el Derecho Civil, y casi todo lo principal de la Jurisprudencia practica, sin el riesgo de que confundan lo util con lo inutil, lo justo con lo injusto, y lo derogado con lo que se observa. Luego con este proyecto se evitan los inconvenientes tan terribles que se han persuadido en este discurso, y se logra así mismo con facilidad increhyble, que los Legistas salgan de la Universidad, no solo theóricos en los elementos y principios de la Jurisprudencia

verdadera ; si tambien substancialmente practicos. No abra entonces el riesgo que aora experimentamos en los que desde la Cathedra suben al Tribunal. Cesaran en fin los perjuicios mas principales que siente esta Monarchia con el uso de la Jurisprudencia theorica, que oy esta repleta de superfluidades y contradicciones.

233 Pero me diran, que no subsano el incombeniente de que los Juristas se enteren en las Antigüedades Romanas. Y aora es quando entra la segunda parte de mi proyecto. En una de las Cathedras que oy se emplean para la explicacion del Derecho Antiguo, debera leerse y enseñarse la Historia del Derecho Civil ; valiendose para este intento de alguno de los muchos autores que la han escrito en compendio. Entre ellos es singular *Brunquelo de Historia juris* el *Gravina* con las nuevas, anotaciones, el *Frostero*, *Francisco Othomano*, y otros que escribieron las Antigüedades de los Romanos, como el *Brisonio Rosino* ; y sobre todos *Francisco Poletto* que en sus cinco Libros de *Historia Fori Romani* comprendió todo lo que basta para un conocimiento perfecto del Gobierno Civil Romano. Qualquiera de es-

estos autores podrá leerse en breve tiempo y con facilidad ; pues à un tomito en quarto reduxeron el *Brunquelo* y *Poleto la Historia del Derecho Civil* , con bello metodo y bastante critica. De modo que en quatro meses podrá qualquiera enterarse de esta Historia, con mucho mas fruto que si estudiara el Derecho Comun ocho ò diez años. Y asì se consigue evitar el inconveniente de que los Españoles se priven de las noticias de la Historia Romana. pero debe advertirse, que en esta Cathedra han de serbir de texto las Leyes Civiles del Digesto y Codicego que oy tenemos ; entendiendose precisamente para punto de historias y antigüedades. Pues todo lo demas que contiene , siendo conforme à la razon y à nuestras Leyes, debe transferirse à el nuevo Codicego , como arriba diximos. Con este medio se ocurre à el reparo que *Don Diego Saavedra* insinuò en la *Empresa citada* , sobre que es conveniente tener alguna noticia del Derecho Comun , para los tratados de Paz y otras negociaciones publicas.

234 El incomparable *Bacòn de Verulamio* en aquella insigne obra que compuso para la restauracion de todas las ciencias, llegando à la Jurisprudencia , en breves

aforismos prescriveyò una pauta general para la formacion è inteligencia de las Leyes. Y especialmente tratando de la composicion de un nuevo Digesto, propone algunas de las maximas que aqui hemos referido. Dize asì : *huiusmodi legum expurgatio & Digestum Novum quator Rebus absolvitur. Primo omitantur obsoleta, quæ Justinianus antiquas fabulas vocat; deinde ex antinomiiis reccipiantur quæ sunt probatissimæ & aboleantur contrariæ; tertio leges, quæ idem sonant atque nihil aliud sunt, quam iterationes ejusdem rei, expurgentur, atque una quæpiam ex iis, quæ maxime est perfecta, retineatur vice omnium &c. Postremo, quæ verbosa inveniuntur & nimis prolixæ, contrahantur magis in arctum.* Vè aquí en pocas clausulas explicadas las quatro advertencias mismas que se han propuesto para nuestra idea. Omitir las Leyes desusadas, reconciliar las contrarias, expurgar las superfluas y reducir verbosidad, son las reglas que propone Bacòn para un nuevo Digesto.

236 Las consecuencias que ha de producir esta nueva planta, no pueden ser ni mas utiles, ni ilustres. Se logrará un metodo hermoso, claro y sucinto, para la inteligencia de todos los Juristas. Se evitaràn Pleytos infinitos que oy no tienen mas fundamentos que

que la confussion y variedad de las Leyes Civiles. Si en la decission de un punto se hallan textos encontrados, no es forzosa consecuencia que las opiniones de los Autores fundados en ellos mismos textos, salgan opuestas? Pues quien duda que la multiplicidad de los Pleytos nace inevitablemente de la contrariedad de opiniones? No ay dár medio. Lo mismo es permitir el estudio y enseñanza de las Leyes de Justiniano, que consentir en el Reyno un seminario inextinguible de Pleytos, como notò *San Bernardo* escribiendo al Papa *Eugenio* segun hemos advertido muchas vezes.

237 Yo quiero conceder que no haya antinomia, ò contrariedad entre los textos Civiles; pero quien negará que son varios en la realidad y contrarios en la apariencia? Pues esto basta y sobra, para que los Juristas llegando à la inteligencia del texto, cada qual gyre por su lado, afirmando unos, y pretendiendo otros, que la mente del Jurisconsulto està en favor de su opinion. Luego con esta nueva expurgacion de Leyes inusitadas, contrarias y superfluas se evitan pleytos y quimeras infinitas. Pues què mayor obsequio, y utilidad

dad para una Republica? Pregunto, el mayor numero de opiniones contrarias en què Leyes se fundan, en las Civiles, ò en las Reales? Abranse los Libros y verá qualquiera, que à reserva de una ù otra opinion, todas se apoyan, y fundan en el Derecho Romano. De modo que en los casos prevenidos por Leyes del Reyno, especialmente de la Recopilacion, son muy pocas las opiniones contrarias de los Autores. En què consiste esto? Yo lo dirè. En que las Leyes Reales singularmente las recopiladas, aunque contienen mucha repetition, y algunas Leyes defusadas, no tienen aquella obscuridad y variedad que tienen las Leyes Civiles: Luego es inegable, que toda la contrariedad de dictámenes, y por consequencia casi todos los pleytos han nacido y naceràn (si no se ocurre con el remedio) de la confusion del Derecho Civil.

238 Se lograrìa asimismo, que los Juristas supieran con distincion y fundamento la Historia del Derecho Civil. Siendo notorio que aora, ni se enseña, ni se aprende en las Universidades. Se podria tambien en este caso reducir el numero de las Cathedras que aora se ocupan en la explicacion

cion del Digesto antiguo Inforciato, Código, Volumen, è Instituta, bastando para la explicacion del Digesto Reformado tres Cathedras, empleadas, una en la Instituta, y dos en la leccion del cuerpo principal.

239 Y acaso la execucion de este nuevo Proyecto contendrà grave dificultad? Hombres ay en España, que en menos tiempo que *Triboniano* formò el Derecho Civil, podrán arreglar con claridad, methodo y justicia el nuevo Digesto Theorico Practico para la enseñanza de los Juristas Españoles. Hombres ay en las Universidades, que han llegado à penetrar todo el fondo del Derecho Civil; en los Tribunales ay sujetos de suma pericia en uno y otro Derecho, Civil y Real: Luego destinandose Jurisperitos tales para la reforma del Derecho, podrán (segun discurro) en tres años, y aún menos, dar à luz esta obra, que ha de ser gloria de los Españoles. Pues por què haviendo sobra de Artifices diestros, y por otro lado suma necesidad en la República, no se ha de tentar, por lo menos, una faccion tan util y gloriosa? Restaurador de la Patria dice el gran *Bacòn* que se ha de llamar en justicia el Autor que la perfeccionasse: *Quod si leges* (dice *Bacòn*) *alivæ super alias*

*accumulatæ in tan vasta exere verint volumina, aut
 tanta confusione laboraverint, ut eas de integro
 retractare, & incorpus sanumt, & havile redi-
 gere ex voto sit, id ante omnia agito, adque opus
 huiusmodi heroicum esto. Atque auctores talis
 operis inter legislatores, & instauratores rite, &
 merito numeranto. Conservador y Padre de
 la Patria es el Elogio que el Padre Adamo
 Contsenk dà en su Politica al Autor que pon-
 ga en execucion este Proyecto: Nunc mag-
 na multitudine legum pæne mergitur Germania. Si
 vero imperator adhibitis Juris consultissimis mag-
 num hoc caos in ordinem, & perspiquam brevita-
 tem restitueret, Reipublicæ servatorem, & Pa-
 trem Patriæ appelabo. Padre de la Patria y
 Conservador de la Republica llama aquel
 Sabio Jesuita à el executor de esta grande
 obra. Con elogios tan magnificos exorta al
 Emperador y à sus Alemanes para dicha
 faccion. Ea, pues, logre España antes que
 ninguna otra la gloria de tan util y gene-
 rosa empreffa. Sea la primera que rompa la
 valla, que por desidia y abatimiento del es-
 piritu se conserva inexpugnable para nues-
 tra ruina. Y yo protexto, que el haverme
 determinado à representar en este tratado
 la infelicidad de la Jurisprudencia, y los me-
 dios para su restauracion, ha sido principal-
 men-*

mente para encender los animos de los Españoles à una empresa tan gloriosa, y para que por esta parte rediman el honroso lugar, que injustamente los Estrangeros emulos niegan à España en la Republica de las Letras.

240 Para la consecucion de este fin, me parecia maxima conveniente, que se eligiesse un Censòr con privativa potestad, à fin de que se mantuviessen las Leyes en su pureza. Què importa, que oy se reforme la Jurisprudencia, se limpie de superfluidades, se expurgue de antinomias, y se ajuste en un todo al sistema de España; si mañana promulgandose Leyes particulares, segun la ocurrencia precisa de los casos, y reformandose otras por la misma razon, llegará otra vez el cuerpo del Derecho à llenarse de los mismos vicios y defectos que agora padecemos. Este riesgo innevitable en todas las Monarquias, debe y puede facilmente prevenirse. Los Athenienses, que fueron los Maestros de los Romanos en el Arte de Governar, ocurrieron à dicho reparo con la sabia providencia, de que todos los años reconociesen sus Leyes seis Varones de los mas peritos, para expurgar aquellas que por las nuevas disposiciones del Go-

vierno huvieran quedado defusadas , contrarias , ò confusas. Con cuya sabia , y prudente politica mantenian en su pureza primitiva el cuerpo de las Leyes ; prevencion que nos enseña la docta naturaleza en la conservacion de todas sus especies animadas : no existiendo viviente alguno, que no estè sujeto à esta misma Ley ; pues todos con mas ò menos intervalos, expurgan de sì lo inutil ò dañoso para conservar lo preciso.

241 Y el mismo Bacòn , gran Maestro de la Politica , pues empleò mucha parte de su vida en el Gobierno de su Patria, prescribió entre sus aforismos esta misma Ley: *Erat in more apud Athenienses (dice Bacòn) ut contraria legum capita , quæ antinomias vocant , quotannis à sex viris examinarentur: & quæ reconciliare non poterant , proponerentur Populo , ut de illis certum aliquid statueretur. Ad quorum exemplum , qui potestatem in singula capita legum condendarum habent , per trienium aut quatrienium , aut prout videbitur , antinomias retractantor. Hæc autem à viris ad hoc delegatis prius inspiciantur , & preparentur. Afsi , pues, ferà del oficio de dicho Censòr vigilar atentamente sobre las nuevas Leyes y providencias que se tomen , segun la ocur-*
ren-

rencia de los negocios , para que de cinco en cinco años , ò por otro termino mas combeniente , proponga à su Magestad, y al Supremo Consejo las Leyes innovadas : con cuyo recuerdo se revea el cuerpo del Derecho por los sugetos que se destinassen , y se expurgue de Leyes inutiles, confusas y contrarias. Y mientras no llega el tiempo prescripto para la revista del cuerpo de las Leyes , se podrá tomar la providencia de que las nuevas Leyes que sucesivamente se establecen , por medio del Censòr se hagan presentes à las Universidades y Tribunales , para que entre tanto cesen en la explicacion y observancia de las derogadas y se lean , y expliquen las modernas.



CAPITULO VI.

ABUSOS Y NUEVO METHODO SOBRE
el estudio y practica del Derecho Civil, para preca-
verse de sus errores, mientras no se ponga en
execucion la idea principal de esta obra

§. I.

242 **C**onsiderando que la execu-
 cion de la idea propuesta
 puede por motivos incomprensibles, ù sus-
 penderse ù diferirse, para evitâr entre tan-
 to los males y perjuicios que se han ex-
 plicado y muestra la experiencia, me ha
 parecido ingerir à qui algunas observacio-
 nes. A fin de que los que estudian en las
 Universidades el Derecho Civil, y los que
 lo usan en los Tribunales, siendo mas cau-
 tos, eviten sus errores, facando al mis-
 mo tiempo el fruto y preciosidad que en-
 cierran confusamente sus textos.

OBSERVACION PRIMERA.

LA primer regla que deve preponerse
 qualquier profesor en el estudio y
 uso del Derecho Romano, es no dar fuer-
 za

za ni carácter de Ley à sus textos. Considerandolos como dictámenes y opiniones de sabios Letrados, que escrivieron para el gobierno de una Monarchia diversa de la nuestra en Politica y Religion: sin embargo de que algunos erroneamente están persuadidos à que el Derecho Civil tiene valor de Ley en España en defecto de las Leyes Reales. Para cuyo convencimiento, basta leer *la Ley 1. de Toro*, donde se propone el orden de las Leyes que los Juezes deben observar en la decission de las causas; mandando que estas se resuelban segun las Leyes Reales *de Toro*, *Recopilacion*, *Partidas* &c. y no por otras: y en caso de ocurrir alguna duda que no pueda decidirse por las Leyes del Reyno, se consulte con su Magestad sobre su resolution. Luego ni aun subsidiariamente tiene fuerza de Ley el Derecho Romano en nuestra Monarchia. A más, de que no señalaràn los de la opinion contraria, que Rey Español ha dado fuerza legislativa à las Leyes Civiles: puesto que Justiniano quando las publicó en Constantinopla, no tenía Imperio alguno sobre los Españoles. Y aunque le tubiera entonces, fuera de no haver sido recibidas en España las Leyes
 Justi-

Justinianeas, la Ley Real citada reprue-
va para el uso de los Tribunales quales-
quier Leyes que no sean de las que alli
se refieren. Solo podrá decirse, que el Co-
digo Theodosiano fue un tiempo muchos
siglos à recibido en España. Pero sobre ser
este cuerpo distinto de las Pandectas de
Justiniano, replicaré que tambien por Le-
yes del Fuero Juzgo, que se han citado en
el capitulo 1. se prohibió con acervas penas
el uso de las Leyes Romanas, porque con-
tenian *muchas gravedumbres*: que son las pa-
labras de dicha Ley Real.

243 No quiero decir que el professor
del Derecho Civil haya de obserbar un
sceptitismo rigido en el examen de sus tex-
tos. Cuyo estrabagante metodo quisieron
algunos introducir en la Jurisprudencia.
Solo propongo que entre los extremos de
dudar de todo, y creerlo todo, ay un me-
dio prudente que es examinar atentamente
las maximas y Leyes Romanas, para apro-
vecharse de unas, y desechar otras. No
se deben revocar à disputa aquellos prin-
cipios generalissimos que se ven observa-
dos entre todas las naciones; los quales
propriamente componen lo que llamamos
Derecho de gentes: ni tampoco se deben
me-

meter en question aquellas conclusiones comunes que tienen inmediata y notoria conformidad con los preceptos Christianos, y con nuestras Leyes, y costumbres. Antes si debemos suponer dichos principios como bassas fundamentales, y universales pautas, para la decission de las demas especies. Pero fuera de estos elementos, què no son muchos, y facilmente se representan à qualquier hombre dotado de una buena luz natural, ay otros infinitos principios subalternos, determinados à cada materia, que fueron establecimientos de los Romanos; y estos deben examinarse con prelixa atencion antes de ser creydos. Porque muchos de ellos como hemos probado en el *Cap. 3.* ù son iniquos; inpertinentes, ò erroneos. Y el que sin este previo examen, ciegamente prestase assenso à las decisiones del Derecho Comun en lugar de Jurisprudencia, faldrà embutido de errores y supersticiones infinitas.

244. Del mismo modo que quando se alega la opinion de un Autor famoso vg. el Señor Cobarruvias, qualquier professor de juicio las examina antes y dessentraña su fundamento, para defenderla ò impugnarla, fin.

sin determinar precisamente su asenso; así debe investigarse la Justicia de las Leyes Romanas. Pues como noté, no vienen à fer otra cosa que unas opiniones de Le- trados celebres y eruditos. Y si no se die- ran tantos por sentidos, me atreviera à de- cir que la autoridad de Papiniano no de- be anteponerse en el examen y decission de nuestras Leyes, à la opinion del Señor Cobarruvias, y otros autores famosos Es- pañoles. La razon me parece combinciente por que no probandose exceso de parte de los Antiguos Jurisconsultos, en el juicio, pe- netracion, y erudicion, tienen los nue- tros la ventaja de hallarse informados de nuestras Leyes, costumbres, complession y demás qualidades, que se deben tener pre- sentes en la constitucion de una Ley. Lue- go ha de confesarse que à los Jurisconsultos Romanos les falta esta principal circunf- tancia respecto de los nuestros, ù se ha de decir que hablaron profeticamente, pre- viendo el futuro gobierno y politica de España, que es asunto de rissa. De la falta de esta observacion probiene, que cre- yendose como verdades apuradas los prin- cipios subalternos del Derecho Romano, se hace supuesto de lo que debia investi- gar-

garise mas prolijamente. Porque sentada una disposicion ù regla determinada en qualquier titulo, nacen de alli infinitas consecuencias y textos , que supuesto aquel principio ya nopueden meterse en qustion.

245 De la regla *qui semel est hæres nequit designere esse hæres* : y de la otra , *nemo potest decedere partim testatus , & partim intestatus*, resultan innumerables textos en el Derecho Romano. Cuyo fundamento no es otro, que uno de aquellos dos principios ; de fuerte que en llegando à esta valla impene-trable , cessa el argumento , la duda , y el examen. Si antes de calificar dichas dos reglas se examinàran y desentrañàran , se hallaria carecer de todo fundamento ; y por consecuencia no havria necesidad de pasar à la inteligencia de las leyes prevenidas de aquel falso origen. Nace tambien de aqui un abuso muy perjudicial en la practica ; y este consiste en que , sobre el error de mirar con el caracter de verdaderas Leyes à las Romanas , quando los Autores practicos comentan las Leyes del Reyno, las dãn sentidos extraños y violentos, para que no se opongan à las Civiles : en cuyo abuso incide mas frequentemente Antonio Gomez en los Comentarios à las Leyes de

Ee To-

Toro. Porque en llegando à las Leyes Reales que derogan expreſſamente alguna maxima del Derecho Civil , de tal modo las comenta , y tales tornillos las dà para conciliarlas con el Derecho Comun con que vienen à quedar acordes , y como ſi no tuviſſen alguna nueva deciſſion : fundado el Gomez y los demàs en el axioma , de que la derogacion de las Leyes es odioſa , y debe evitarse haſta impropriar las voces y clauſulas de la Ley , à fin de conciliarla , en cuyo ſupueſto , reſpetando como verdaderas Leyes à las Romanas , no ay ficcion , ni ſentido extravagante que no ſe buſque para dexar inutiles nueſtras Leyes , y con toda ſu fuerza al Derecho Civil. Puede el abuſo ſer , ni mas experimentado , ni mas pernicioſo?

246 Entiendan pues , todos los Profeſſores , que las Leyes Romanas no ſon Leyes para noſotros : que no tienen mas representacion que las opiniones de aquellos Autores ſabios que no ſupieron coſa de nueſtro gobierno. Y aſi como para comentar y entender las Leyes Reales , no entran en conſideracion , ni ſirven de embarazo , ni reſtringen ni amplian los ſentidos , las opoſiciones de otros Autores Eſtrangeros,
por

por sabios y doctos que sean ; del mismo modo no se ha de hacer aprecio de las Leyes Romanas , para limitar y violentar la generalidad de las nuestras. Si las Leyes Reales que declaran no precisa la institucion de heredero para la validacion de los Testamentos , y dan fuerza à qualquier promission seria , se entendieran simplemente , sin respecto à las maximas Romanas , vendria à tierra una gran parte de las Pandectas. Lo mismo digo de otras Leyes del Reyno derogatorias del Derecho Comun. A esta misma causa atribuyo un abuso , que sin duda es el mas pernicioso de todos ; pues toca inmediatamente en la practica de los Tribunales. Los mismos Autores que conocen y defienden , que el Derecho Civil no tiene entre nosotros mas representacion que las opiniones fundadas en razon , en llegando à una question practica , solo aspiran à encontrar un texto Civil para declararse abiertamente en su defensa. Y como ? Aqui està el mayor perjuicio, y la mas clara inconseguencia. Aunque por la opinion contraria encuentren fundamentos fuertes y razones eficaces , si la Ley Civil , al parecer de ellos decide lo contrario, desprecian los fundamentos , abandonan la

razon, y se declaran en favor del texto con una ciega subordinacion. Acuerdome (si no me engaña la memoria) haver leído en el señor *Molina de Primogenijs* una question, donde despues de proponerse varios argumentos casi inevitables, reconociendo su gran fuerza, no obstante se rindiò à la opinion contraria, diciendo: *Sed tamen thex-tum expressum habemus*. Como si dixerá, la razon contraria es concluyente; pero un texto expreso del Derecho Romano no me dexa libertad para inclinarme al partido opuesto. Nótese que el señor Molina nota y defiende expressamente que el Derecho Civil en España no tiene fuerza de ley, sino aquel valor que le dà la razon en que se funde. En cuyo sentido toda opinion es admisible.

247 Puede ser más notoria la inconse-
quencia de nuestros Autores prácticos?
Quantas opiniones, que pasan como pro-
bables no tienen otro fundamento que
uno, ò otro texto Civil? Quantas senten-
cias se hallan admitidas en los Tribunales
y entre los Autores, sin otra razon que es-
tár favorecidas de alguna Ley del Dere-
cho Romano? Quantas opiniones, ni fue-
ran recibidas en la practica como pro-
ba-

bables, ni merecieran revocarse à duda, si el Derecho Romano no lograra entre los Jurisperitos aquel culto indebido, y supersticioso que le tributan como ciegos idòlatras? Abranse los Autores de Jurisprudencia, examínense sus questiones, y se verá que la mayor parte de ellas no tienen otro fundamento que dicho error.

248 Sirva pues para no incidir en abuso semejante, yà que es preciso valernos de eslos mismos Libros por aora, no deferir à las doctrinas de los Autores practicos, sin examinar primero los textos y Leyes Romanas en que se fundan: No para ver si tienen consonancia con las *citas*, (que es lo que aora se executa) sino para inquirir y defentrañar su razon, y fundamento. De fuerte, que careciendo la Ley Civil en que se funda el Autor, de razon, como se encuentran infinitas, ni el Autor ni su opinion merezcan aprecio. Lo mismo debe entenderse de los Papeles en Derecho, y de los Informes que se hacen en los Tribunales donde se citan las Leyes Romanas, con tal satisfaccion como si fuesen preceptos del Evangelio. Cuyo abuso pudieran los Jueces reformarlo facilmente, obligando à los Abogados à que diessen jun-
ta-

tamente la razon de los textos que citan: que yo asseguro no se citarian tantos en los informes y papeles; no siendo dado à todos penetrar la razon de las Leyes Civiles, aquellas digo que estàn bien fundadas. De que proviene, que el estudio de los Legistas sea de memoria casi todo, como el de los Niños.

OBSERVACION I I.

SEntado, pues, que las Leyes Romanas no deben recibirse y respetarse, sino como opiniones sabias, y con el recelo de que muchas, aunque en sì fundadas, no pueden acomodarse à nuestro gobierno; entra la segunda observacion que consiste en que aun respeto de ellas mismas, no todos los textos han de tratarse como Leyes, si no como puntos precisos de historia legal, ù como antigüedades que pertenecen al gobierno de los Romanos. En cuya falta veo incidir à casi todos los Jurisperitos.

249 No hay materia conocida en el Derecho Civil, que no haya padecido notables alteraciones. Pongase la vista en la materia de Legados y Testamentos. Quien ignora las diferencias antiguas entre las especies de legados? Sus diversos efectos,

y

y distintas acciones? Claro es, que Justiniano quiso exterminar estas diferencias, exequandolos à todos. Lo mismo digo de los Fideicomissos, Testamentos, Pactos, Estipulaciones, Aceptilaciones, &c. Aora pues dos abusos reconozco en el estudio de estas materias. El primero es detenerse en la inquisicion de los puntos yà antiquados y derogados, como si fuesen Leyes todavia subsistentes. A cuyo intento se fingen hypothesis, y suscitan questiones diversissimas sobre un falso ò vano cimiento. Què se dixera, si un hombre erudito escribiera oy varias questiones fútiles sobre las Leyes de los Godos, que yà no se practican? No lo tendríamos por imprudente, yà su obra por inútil, sobre la justa reconvencion de que este trabajo pudiera haverle hecho en materia provechosa; pues la misma censura merecen, y aun con mas razon los que escriben Libros, ò tratados sobre puntos yà derogados por Leyes posteriores.

250 Esto consiste, en que no distinguen lo que en el Derecho Civil pertenece à la historia legal, de lo que es verdaderamente Jurisprudencia. Bueno es, que se sepa, y estudie la historia del Dere-

cho Antiguo ; mas esto debe ser con metho-
do proprio. Un Historiador siendo, su the-
ma principal referir los hechos antiguos,
se contenta con registrarlos simplemente,
deteniendose tal qual vez à indagar en
las acciones mas principales, los motivos
que las produxeron: esto con sobriedad, sin
fingir questiones, ni excitar dudas, ni dete-
nerse à satisfacer los reparos que aquellas re-
soluciones pudieran padecer. Los Jurispe-
ritos lo executan al revès. Veanse los trata-
dos y materias que se escriven en las
Univerfidades, que son infinitas; y casi to-
das recaen sobre Textos, y Leyes anti-
guas y derogadas por Leyes posteriores, ò
Constituciones de Justiniano. Con cuyo
abuso inciden con Vinnio especialmente
los Autores Institutistas. Y lo mas ridiculo
es, que sobre la nueva Ley, Constitucion,
ù Autentica que prevalece, solo hablan de
passeo al fin del Comento, diciendo de or-
dinario : *Esto se halla derogado por Justiniano
en la Novela tantas.*

252 El segundo abuso es defender en
los Actos y escritos, como justas las Le-
yes yà derogadas, dando solucion à qual-
quier instancia, y empeñandose en que
tuvieron razon los Romanos, quando esta-
ble-

blecieron tales Leyes. Lo qual proviene de no acavar de entender , que una cosa es defender un punto de historia , y otra muy distinta, un punto de Jurisprudencia. En lo primero se trata del hecho puro, no de su justificacion ; porque fuera empresa dificil , y ardua que los Historiadores de qualquiera materia huviesse de defender como justas las acciones , y hechos que refieren. La obligacion del que trata algun punto historico , es investigar la verdad del hecho , y alguna vez el motivo que lo produjo ; pero precindiendo de su justicia, ò razon. Luego si los Jurisperitos quieren acavar de entender que las Leyes antiguas y derogadas no son parte de Jurisprudencia , sino materia de la Historia Civil , deben reformar ambos abusos ; escribiendo , y trabajando sobre las Leyes nuevas y subsistentes , y no empeñandose en defender como justas las inusitadas, y derogadas por otras modernas , entre quienes son innumerables los errores que se encuentran. Por cuya razon, seria tambien mas util , que en las Universidades se estudiasen y leyessen los Autores que tratan del Derecho Civil novissimo , de cuya especie es la obra , que escriviò *Gudelino de Jure novissimo.*

OBSERVACION III.

252 **L** A tercera observacion mira à desterrar un abuso muy pernicioso, generalmente introducido en el estudio, y practica del Derecho Civil. Casi todo el calor, y tarèa de las Universidades, y de los Autores practicos se emplea en conciliar los textos Civiles que parecen contrarios entre si, à que llaman vulgarmente *Antinomias*. Todo lo que se escribe no tiene otro principal objeto, que buscar conciliaciones à dichas Leyes; de suerte, que es respetado por mayor Jurisconsulto, el que sobrefale en esta habilidad, ponderando con indecibles elogios à los que en fuerza de su ingenio, ù de la casualidad encuentran algun modo futil de convinar dos leyes, que al parecer eran irreconciliables. Este es el estudio del Derecho Civil, y este es tambien el methodo que observan los Practicos *Tractistas*, aunque no con tanto escrúpulo, y proligidad como los Civilistas puros.

253 Pero què fruto podrá producir semejante estudio? Ello es constante, que el habito ha de salir muy parecido al acto que

que lo engendra. Configuese de aquel exercicio, que todo punto se reduzca à question, y que no aya caso, por sencillo que sea, que no se meta en disputa; hallando textos para todo, y modo de conciliar, y adaptar los que son evidentemente contrarios. Y vè aqui sensiblemente el motivo de arderse en pleytos y questiones todo aquel Pueblo que se gobierna por el Derecho Civil, ù que al menos lo tiene admitido y tolerado en sus Tribunales. Por clara que sea la Ley Real decisiva de una duda, ocurriendo caso semejante, se halla modo de evitarla contrariedad hasta hacerla hablar en el sentido que requiere el negocio. Cuya habilidad no causa estraneza à quien sabe, que en las Universidades las Leyes mas repugnantes se atraen à qualquier partido. Este es el fruto, y este el efecto que se consigue del estudio, y methodo comun de los Civilistas. Cuyo abuso los constituye mas cavilosos, y perjudiciales para el exercicio de la judicatura, que à los Letrados practicos. Pero no solo es pernicioso à la causa publica, dicho methodo fomentando por una especie de necesidad pleytos en qualquier punto, si tambien es contrario al fin à que se dirige. Pruebolo practicamente.

El

254 El fin de la theorica es la practica, y uso de las Leyes. Pregunto, què pleytos se sufren sobre conciliar Leyes entre si? Rara vez, como dixe en otro Capitulo, sucede pleyto en que se encuentre alguna Antinomia aparente de Leyes Reales. Los pleytos consisten en que cada parte afirma ser su pretension conforme à derecho; de suerte, que si los Autores se hallan opuestos, no se pone la mira principal en buscarles conciliacion, para que ambas opiniones queden acordes; antes suponiendo la contrariedad de opiniones, solo trabaja cada Abogado en hacer ver que su sentencia es la mas probable, ò cierta. Pues si este es el exercicio de los Pleytos y Tribunales, y todo el afan de un Theorico se debe poner en habilitarse para la practica, no pudiendo los medios precindir del fin à que se terminan; como en las Universidades, y como los que escriven andan tan inconsequentes, que se desvian de su objeto principal? Luego el estudio del Derecho Civil no debe fixarse en conciliar textos y Leyes antinomiadas, seanlo en la apariencia, seanlo en la realidad.

255 Demàs de esto, què conseguimos de que *Ulpiano*, y *Papiniano* queden acordes

des sobre un punto ? Sacamos otra cosa, que saber qual sea la mente de ambos Jurisconsultos ? Esto è lo màs que se consigue, si es posible conseguirlo. Y de saber la opinion de *Ulpiano* y su sentir, que se adelanta en la materia ? Acafo, no hemos visto que el Derecho Civil està lleno de textos iniquos y supersticiosos ? Luego es tarea inutil la que se emplea sobre la concordancia è inteligencia de textos en contrados, y obscuros, mientras ignoramos si su decision es justa, ù erronea. Luego por grados inevitables venimos à parar, en que es preciso otro linage de estudio y practica del Derecho Romano, para sacar de el sus preciosidades, sin riesgo de imbuirnos en sus errores.

257 El estudio pues provechoso, que un Theorico y un Practico deben hacer en el Derecho Civil, es investigar qual de las Leyes contrarias en la apariencia ù en la realidad, es conforme à los principios subalternos y reglas inmediatas, que deben ante todo sentarse en qualquier materia: y hallando, que el texto de *Papiniano* tiene esta calidad, y que falta à la del otro Jurisconsulto, debe despreciarse este, y seguirse el dictamen de aquel. De fuerte, que quando se trate de antinomias, yà no se debe trabajar.

bajar en inquirir, è inventar conciliaciones, que es tarèa inutil y perniciosa , fino en vèr qual texto se funda mejor : à la manera del que puesto entre dos opiniones de Autores contrarios ; v.gr. *Molina* , y *Salgado Cujacio* , y *Donelo* , no se empeña en consultarlos , fino en apurar qual sea la opinion mas probable : pues segun hemos sentado , los textos del Derecho Civil no tienen para nosotros mas representacion , que la de semejantes Autores ; que es lo mismo que decir que se deben graduar por la razon legal en que se fundan. Dixe que deben examinarse los textos antinomia- dos : à fin de vèr sencillamente si alguno de ellos contiene en la especie , ù en la decission algun adimento expreso que lo haga diverso del otro. Porque en tal caso cada uno debe examinarse , y calificarse en si mismo. Y asì , bien sean contrarios, bien diversos solamente en qualquier caso el examen , y comparacion no ha de recaer sobre los textos entre si , fino sobre cada texto separado, respecto de las reglas, y principios de la materia. Para cuya inteligencia pondrè dos , ù tres comparaciones.

257 La primera sea entre la Ley si

pæna

pœne §. Quambis, ff. de Condit. indebit. y la Ley Repetitio del mismo titulo. Dice Pomponio en la dicha Ley Si pœne, que aunque alguno reciba la cosa que se le debe, si la entrega otro que el deudor, puede repetirla: quambis debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit. Al contrario, el Jurisconsulto Paulo en la citada Ley Repetitio resuelve, que no se puede repetir de aquel que recibe lo suyo, aunque el que entregò la cosa no fuese el deudor verdadero: Repetitio nulla est ab eo, qui sum recipit, tamen si ab alio quam at vero debitore solutum est.

258 Para conciliar estos textos, inventaron los Civilistas varias distinciones. Unos con Acurcio y Zasio dixeron, que Paulo en la Ley Repetitio habló del que pagaba en nombre del verdadero deudor; por cuya razon no podría repetir. Pero quien no ve, que en tal caso sería falso decir, que no recibia el Acreedor la cosa de mano del deudor verdadero, pagando otro por él? Otros dixeron, que hablaba Paulo del que recibe la cosa propriamente suya, cuyo dominio siempre havia retenido. Mas en tal hypotesi, no sería pagar, sino restituir: ni cupieran los terminos de Acreedor, y

Deudor. Otros en fin dixeron , que *Pomponio* en la Ley *Pœna* §. 1. habla de deuda de cantidad , poniendo el caso en *Ticio* ; v.g. à quien debe *Sempronio* cien ducados. En cuya *hypotesis* si *Aurelio* *erroneamente* diese à *Ticio* dicha cantidad , resuelve bien *Pomponio* , que puede repetirla : porque ni se puede decir que *Aurelio* debe , como se supone , ni que *Ticio* tiene accion à aquellos cien ducados , siendo su accion personal, y relativa à *Sempronio*. Mas esta solution destruye la especie del texto , que supone recibir el Acreedor lo que se le debe , ibi : *Quamvis debitum sibi quis recipiat* ; y la respuesta prueba , que ni el que paga es deudor , ni la cantidad es debida.

259 Despreciando, pues, el empeño inútil de conciliar dichos textos contrarios en realidad ; puesto que no ay en alguno adiccion ù circunstancia expresa que lo distinga del otro , se ha de poner la mira y el sudor en examinar , qual de los dos es mas conforme à Derecho : y debe resolverse , que la decission de *Paulo* es justa, y erronea la de *Pomponio*. La razon consiste en uno de los principios de Derecho incontrovertibles. Para què se ha de repetir lo que se debe restituïr , ù entregar im-

me-

mediatamente. ? Luego sentado , que Ticio recibió lo que se le debe justamente , es impertinente , circunstancia que lo reciba de mano del deudor , ù de otro.

260 El segundo exemplo se manifiesta entre las Leyes *Antiqui* , 3. ff. *si pars heredit. petat.* y la Ley *Cum quidam* , §. *Quid si unum* , ff. *de Acquir. vel omnit. Heredit.* Resuelve el Jurisconsulto Paulo en dicha Ley *Antiqui* , y en la Ley *Sed & si* 28. §. *ult. de Judic* , que muriendo el marido , dexando la muger embarazada , no se debe dàr al hijo nacido sino la quarta parte de la herencia paterna , reservando las otras tres partes , hasta ver quantos Posthumos nacen. Porque se ha visto algunas veces , y se vieron en el Senado de Roma tres hermanos de un vientre : *Sed & tregeminos Senatores Cinctos Vidimus Oratios* , dice el texto. Fuera de otros casos mas prodigiosos , como el de la muger de Alexandria , que se presentó à Adriano Emperador; la qual habiendo concebido quatro à un tiempo , à los quarenta dias concibió el quinto posthumo. Y assi concluye , que se deben reservar tres partes de la herencia, por el riesgo probable de que nazcan tres posthumos; dando solamente la quarta al hijo yà nacido:

do: Ideoque & si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim hæres erit.

261 Al contrario, Ulpiano en la citada Ley Cum quidam resuelve en el mismo caso, que al hijo nacido se debe entregar, no la quarta, sino la mitad de la herencia: ex parte dimidia (dice el texto) ignorantem fore heredem, non ex quarta ut Julianus putat. La razon que dà Ulpiano es, que de cierto tiempo no cave en el orden natural la concepcion de otro posthumo, ibi: Ita, & cum unum gerit, nec per naturam humanæ conditionis alium partum formare potest (quod quidem post certum tempus conceptionis eveniet) ex parte dimidia fore heredem: Luego destruye Ulpiano el fundamento del Jurisconsulto Paulo, negando la posibilidad que este supone. Y què mas clara puede ser la oposicion, que reprobar exprestamente la sentencia del Jurisconsulto Juliano, que es la misma que Pablo defendiò, ibi: Non ex quarta, ut Julianus putat? Luego es afectada ignorancia pretender conciliar à los dos Jurisconsultos.

262 Lo que en este caso debe hacerse, es investigar qual de ambas opiniones es mas conforme à derecho, y equidad. Y sentando que la de Ulpiano carece de todo fun-

fundamento ; yà porque niega la posibilidad que la experiencia asegura ; ò yà porque supone que es capàz de distinguir-se el tiempo de la segunda concepcion: (que hasta aora se ha reputads indefinible en la física) reprobada pues la sentència de *Ulpiano* , no es justo dexar sin providencia un caso tan frequente , como nacer muchos de un parto. Y asì debe admitirse la sentència del Jurisconsulto *Paulo*. Y aun me parecia mas razonable, reservar dos partes para el vientre , dando la tercera al hijo nacido. Porque es accidente muy extraordinario , nacer tres mellizos ; asì como no es raro que nazcan dos. Luego no debiendo considerarse lo que rarissima vez sucede , como nota el mismo Jurisconsulto en la citada Ley , *Quod enim semel aut vis existit prætereunt Legislatores*; debe recaer la providencia sobre este segundo caso.

263 El tercer exenemplo puede tomarse de la Ley primera. §. *si minor ultimo* , ff. de rebus eorum &c. Aunque el menor, la Iglesia , un Pueblo , Comunidad , y otro qualquier sugeto que goza los Privilegios de los menores , no pueden enagenar ni obligar sus bienes sin autoridad judicial; bien pueden celebrar todos aquellos con-
tra-

tractos , en que ágan mejor su condicion. Dudase , pues , si sera valido el pacto que en dichos contractos legitimos pudiesen ; v. gr. el de retrovender , donar , ceder , ò otro semejante que disminuya ò limite el Derecho adquirido por el menor.

264 Refuélvese comunmente , que es valido dicho pacto. Porque nada perjudica al menor contrayente , una vez que nada pierde de sus antiguos derechos : recayendo el pacto solamente sobre la alhaja de nuevo adquirida. Luego ò el menor en la question propuesta , no debe adquirir el dominio de la cosa donada y bendida ; ò debe adquirirla con el pacto y condicion que pusieron los contrayentes , como arguye el Señor Olea de *Cesion. jur. titulo 2. quæst. 2.* con Vela *Disert. 27.* D. Cobarr. *Gutierr.* y otros que cita.

265 Contra esta Conclusion fundada en Derecho y equidad , se declara *Ulpiano* en la citada *Ley 1. §. ultimo de rebus eorum* proponiendo el caso en un menor que comprò una heredad con el pacto de que havia de quedar hipotecada hasta que satisfaciese el precio al vendedor. En cuya hipotesi resuelve *Ulpiano* , que dicho pacto es nulo , quedando en poder

der de el menor la heredad libre de hipoteca. *Siminor viginti quinque annis emerit prædia ut quo ad prætium solverit, esset pignori obligata venditori, non puto pignus valere.* La razon que da es, porque desde el punto que el menor adquirió el dominio de la alhaja, quedó incapaz de obligarla. *Nam ubi dominium quæsitum est minori, cessit non posse obligari.* Prosigue en la Ley 2. de el mismo tit. replicando el Jurisconsulto Paulo con este argumento *sed & hic videtur illud movere, quod, cum dominio pignus quæsitum sit, & ab initio obligatio in hæsit.* Que es decir, que Ulpiano supone falso en la Ley antecedente; pues da por sentado, que el menor adquirió el dominio antes que pudiese resultar obligacion de el pacto: siendo así, que la hipoteca, y el dominio debieron adquirirse à un mismo tiempo. Luego Ulpiano falsamente separa el dominio de la obligacion. Y de el mismo modo que el contrato, y el pacto intervinieron juntos sin prioridad de tiempos, así tambien la obligacion y el dominio debieron constituirse juntamente. Lo qual se convence sin duda de aquellas palabras del Texto, *emerit prædia ut quoad prætium solverit, pignori essent obligata.*

Don-

Donde la conjuncion *ut* prueba union de tiempos entre el contrato y pacto. Con lo que se destruye la distincion que algunos hicieron, para salvar la sentencia de *Ulpiano*, suponiendo que el pacto fue separado de la venta.

266 Otros dixerón, que era especialidad de el pacto pignoraticio no poder obligar al menor, porque no es parte de el contrato. Cuya solucion es notoriamente falsa, si se atiende à que el pacto de retrovender es tanto ù mas gravoso al menor; y no obstante subsiste como parte del contrato *Lege fundi partem, ff. de contract. empt. lege cum te C. de pactis inter empt.* Porque sin esse pacto, ni el vendedor vendierà, ni el dueño enagenarà. Cuya razon es la misma en qualquier pacto, mientras no se oponga à la essencia de contrato.

267 Y que diriamos, si dicho pacto se interpuso al tiempo de la tradicion de la alhaja, y no al tiempo del contrato? como fiente el Señor Olea en la *Cit. q. 2. n. 41.* Lo primero me parece, que no es facil aplicar dicha hipotesis al texto de *Ulpiano*, repugnandolo las palabras *prædia emerit ut quoad prætium solverit, essent pig-*

pignori obligata siendo afsi que aquella particula *ut* une el pacto con el contrato en aquella voz *emerit*, que rigurosamente significa la convencion, y no la tradicion de la cosa vendida.

268 Pero precindiendo de esto ; pues lo considero tiempo ocioso, resuelbo que debe subsistir el pacto, ù que debe rescindirse todo el contrato. Lo uno, porque si el dominio se adquiere al tiempo de la tradicion §. *per traditionem* Lib. 2. *instit.* Luego interviniendo entonces el pacto, ù no se debe adquirir el dominio, ù debe subsistir el pacto. Siendo constitucion irrefragable, que el dominio no se transfiera al comprador antes que entregue el precio, à menos que el vendedor no convenga en alguna espera. *Leg. Julianus* §. *offerri*, ff. *de action. empt.* Luego no conviniendo el vendedor en transferir el dominio, fino con la condicion de quedar obligado el predio hasta que se halle satisfecho, el precio : claro es, que dicho pacto ha de subsistir ù se ha de rescindir la venta.

269 Lo segundo, porque de dicho pacto interpuesto al tiempo de la tradicion, no se causa lesion al menor; del mismo modo que si fuesse puesto al tiempo del

Hh

con-

contrato : y siendo la razon una en ambos casos , tambien la decission ha de ser una misma. Y lo tercero ; porque interviniedo el pacto al tiempo de la tradicion yà no se verifica , que el comprador adquiriera antes el dominio de la alhaja , para quedar incapaz de las obligaciones del pacto, que es el fundamento que propone *Ulpiano* en dicha Ley 1. Pues no deben dividirse los efectos , estando unidas sus causas. Y assi cessando el motivo , debe tambien cessar la resolucion del texto.

270 Concluyamos pues , que la opinion de *Ulpiano* , y *Paulo* en ambos textos es contraria à los principios sólidos de la Jurisprudencia , y à la equidad y fidelidad que debe guardarse entre los contrayentes. Por cuya razon notoria se debe repeler dicha Sentencia del numero de las justas y arregladas à Derecho. Sin que nos embarace la autoridad de los dos Jurisconsultos. Y que como humanos se desviaron esta vez , y otras muchas de la linea de la razon : (achaque comun entre los hombres mas sabios en qualesquier ciencias.) Assi lo reconocieron *Pinelo* , *Larrea* , *Acosta* , y *Matienzo*.

271 En estas tres breves Observaciones,

nes, quedà à mi vèr prescripto un metho-
do facil, y suficiente para precaberse de
los errores, y vicios del Derecho Civil,
asì por lo que toca asu estudio, como en or-
den à su uso en los Tribunales. Quedando
reformados à un tiempo mismo los abusos
de unos, y otros Professores, Theoricos y
Practicos. Tan sensible y facil es, que
qualquiera sin necesidad de otro Maestro
puede por sì mismo practicarlo.

272 Todas las tres reglas se reducen
en compendio: la primera à no atribuir al
Derecho Romano mas autoridad, que la
que merecen las opiniones de unos Sabios
Jurisconsultos, que escrivieron sin cono-
cimiento de nuestro Gobierno, costum-
bres, y Religion. La segunda consiste, en
distinguir perfectamente lo que en el De-
recho Romano es punto de historia legal
de lo que es verdadera Jurisprudencia; pa-
ra que en lo primero solo se atienda y
examine la realidad del hecho, y ligera-
mente el motivo que lo produjo. Y en lo
segundo se proceda con mas reflexion, y
proligidad, tratando las materias como
propias de la Jurisprudencia. Y en fin, la
tercera se reduce à que desterrando el in-
util, y pernicioso estilo de conciliar *Anti-*

nomias. Solo se cargue el estudio, y examen sobre calificar qual de los textos, en la realidad ò en la apariencia contrarios, es mas conforme à los principios subalternos, è immediatos de la materia que se trata.

273 Esta es la planta, la idèa, y el methodo que yo imagino, no solo convenientes, si tambien precisos para el bien universal de esta Monarquìa. No pudiendose dudar, que el Gobierno Civil y Politico de un Reyno es el alma y espiritu con que todos viven. Verdad es esta que ninguno ignora. Dàr providencia caval para ocurrir à todos los males de los hombres, es imposible, mientras estos sean hombres; pero tambien es obligacion de un Monarca, no perdonar medio alguno con que aliviar à su Reyno en todo lo posible, de las enfermedades que padece, quando el riesgo es conocido, y las dificultades no embarazan. Què ferà, pues, quando no el peligro, sino el mismo daño se experimenta? No faltará quien diga, que nada se pierde en vivir y passar por donde nuestros Mayores. O ceguedad merecedora de un eterno suplicio! Què de errores, què de abusos, què de injusticias, què de mal-

das

dades no se abrigan à el favor de este iniquo Patrono ! Què un delito ha de ser disculpa de otro delito ? Què ha de ser consuelo para los hombres lo envejecido de un mal ? Què ayamos de caminar à el precipicio , dando por razon que muchos se han despeñado ? Pues no solo es propia del Principe la obligacion de examinar los males de su Monarquia ; es tambien cargo indispensable de sus Ministros, à quienes està confiado el Gobierno , mirar muy despacio estas materias para representar al Monarca su infeliz estado, y remedio. Què importa, que las Leyes Reales se recopilen y ordenen , si el mal inevitable nos viene del Derecho Comun , pozo inagotable de pleytos , opiniones , y confussion ! Aqui , aqui està la raiz de este cancer ; pues aqui , aqui ha de aplicarse el cauterio. El amor de hijo me obliga à representar lo que alcanzo para servicio de Dios y de España. La empreña, para lo grande , no es dificil ; el provecho es incomparable ; el daño es conocido , y terrible : Luego la aplicacion es precisa.

TABLA DE LOS Capitulos de esta Obra.

CAPITULO PRIMERO.

PRuebanse los errores del Derecho Civil, con la comparacion de las demás Ciencias, y autoridad de hombres Ilustres en todas ellas. pag. 1.

CAPITULO II.

Las Pandectas que oy poseemos, son apocrifas ; y sus textos no son conformes al sentir de los Jurisconsultos, à quienes se adscriben. pag. 33.

CAPITULO III.

Censura de varios principios subalternos, y textos capitales del Derecho Civil.

§. 1. Errores de los Romanos sobre la naturaleza, y condiciones de los Pactos, pag. 64.

§. 2. Escripulos, è iniquidad del Derecho Civil, sobre los Testamentos, pag. 69.

§. 3. Impugnase la regla del Derecho Civil: *Nemo potest decedere partim testatus, & partim intestatus.* pag. 70.

§. 4. La distincion que el Derecho Civil pone entre las acciones directas y utiles, es vana, y perniciosa : y por consecuencia lo es tambien aquella regla que el que una vez

vez es heredero, no puede dexar de ser heredero. *Quisemel est hæres, nequit desinere esse hæres.* pag. 72.

§. 5. Censura del Derecho de acrecer. p. 77.

§. 6. Censura de la Regla Catoniana. p. 87.

§. 7. Censura de la Ley 4. ff. de Servit. y de los §§. 3. y 4. *Institut. de Verborum, obligat. lib. 3.* donde se ordena, que las servidumbres, y obligaciones no se pueden constituir *ex die nec ad diem*; esto es, desde cierto tiempo, ni hasta cierto tiempo. pag. 91.

§. 8. Censura de la regla que dice, que el error en los nombres naturales, y apellidos de las cosas, vicia el legado. pag. 96.

§. 9. Censura del texto en la Ley *Mortuo bove* 49. de *legat. 2.* en que se resuelve que muerto el buey legado, ni el cuero, ni la carne se deben al legatario. pag. 99.

§. 10. Son vanas las diferencias que el Derecho Romano establece entre los Contratos nominados, e innominados. pag. 105.

§. 11. Censura de las Leyes Civiles que prohiben la donacion entre el padre y el hijo. pag. 107.

§. 12. Son iniquas las Leyes Civiles, en que se ordena, que no se pueda recobrar lo que se paga por error sin deberse. pag. 109.

§. 13. En las disposiciones condicionales testamentarias, se debe admitir la misma que

trasmission que en los Contratos. pag. 115.

§. 14. No ay justo motivo para reprobadas disposiciones que se llaman Captatorias. pag. 118.

§. 15. Carecen de fundamento las Leyes Civiles, que prohiben al Legatario renunciar el legado condicional pendiente la condicion. pag. 122.

§. 16. Examen Critico sobre la famosissima materia de las cosas individuales, y se refutan varias Leyes Civiles como iniquas. pag. 123.

Regla 1. pag. 125. Regla 2. pag. 126.
Regla 3. pag. 127.

§. 17. Errores Gentilicos del Derecho Civil sobre la condicion *Non nubendi*, y *suicidio*; esto es, homicidio de si mismo. pag. 151.

CAPITULO IV.

En el derecho Civil sobra la mayor parte de sus Leyes, y falta lo mas precioso de la jurisprudencia. pag. 156.

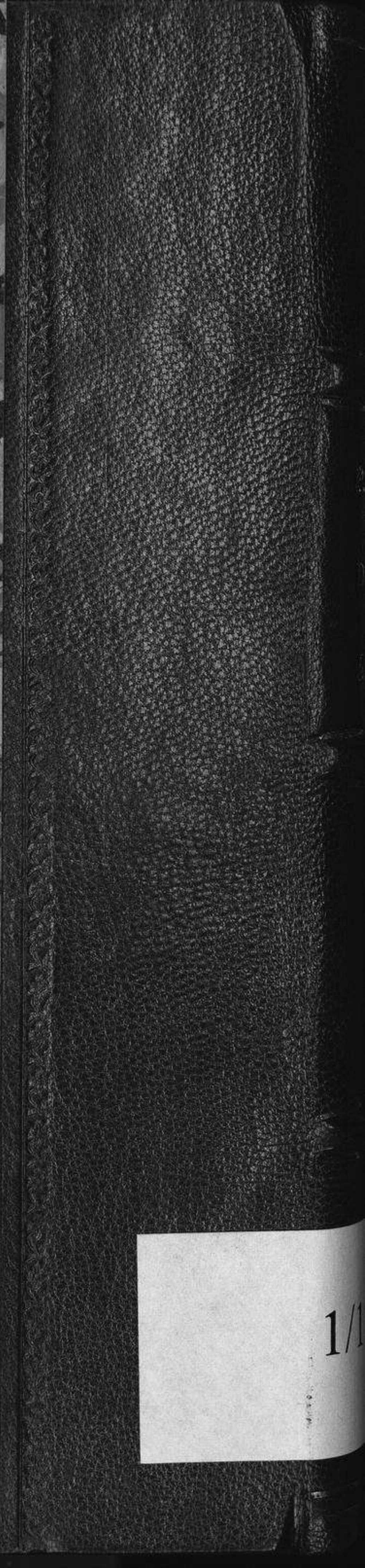
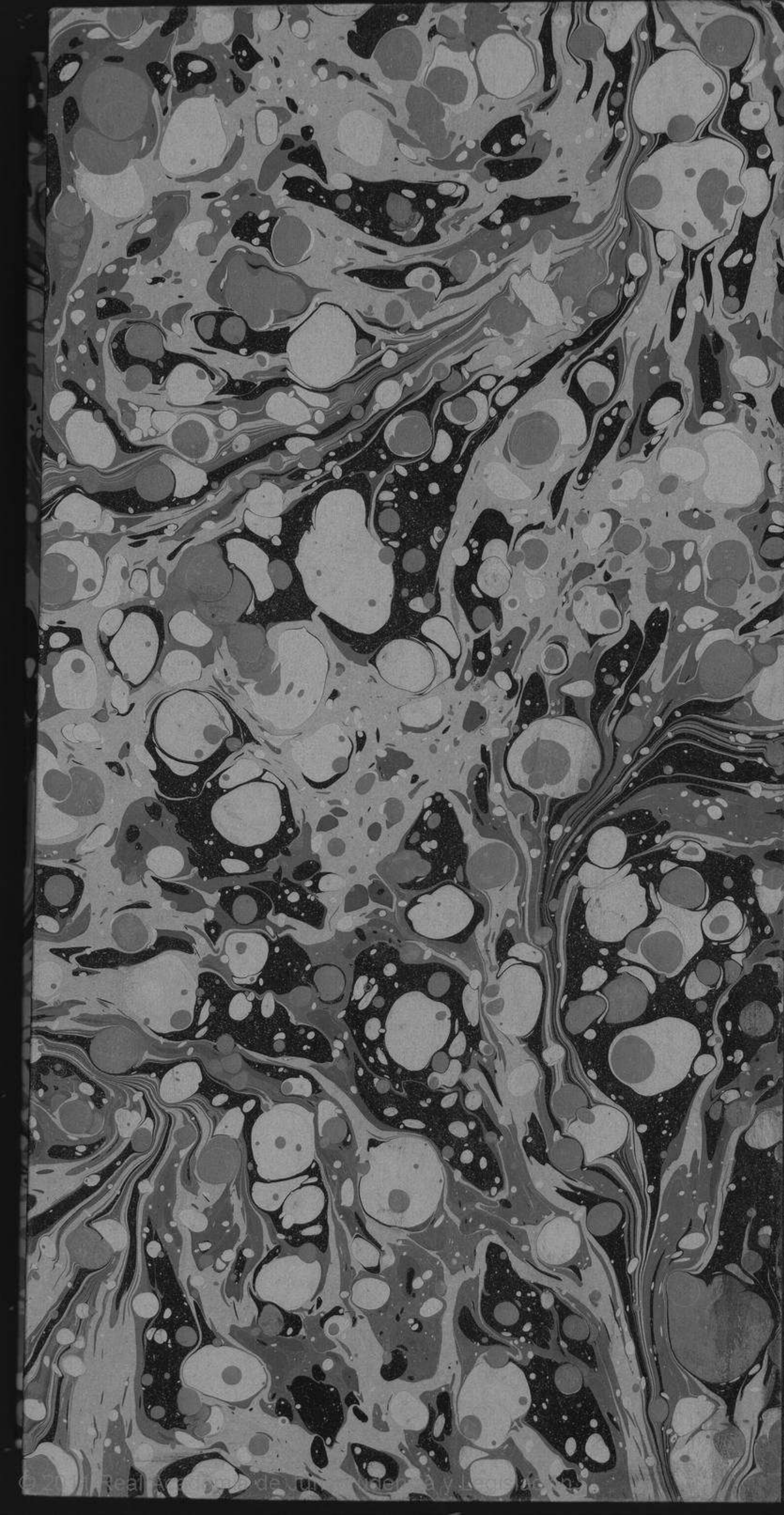
CAPITULO V.

Remedio facil de los males que padece el Derecho Comun, y nueva idea de Jurisprudencia. pag. 192.

CAPITULO VI.

Abusos y nuevo methodo, sobre el estudio, y practica del Derecho Civil. pag. 212.

F I N.



1/1



P. DE MORA



DERECHO
CIVIL

A. NO 1748



1/17417